

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y

CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN EL RECONOCIMIENTO
CONSTITUCIONAL EXPRESO DEL DERECHO A LA LIBRE
DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Presentado por:

JORGE LUIS QUIÑONES ESPINOZA

Asesor:

M.Cs. MILTON CESAR URBINA QUIÑONES

Cajamarca, Perú


2025

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Jorge Luis Quiñones Espinoza
DNI: 09782434
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Maestría en Ciencias, Mención: Derecho Constitucional y Derechos Humanos
2. Asesor: M.Cs. Milton César Urbina Quiñones
3. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
Fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas
6. Fecha de evaluación: **25/03/2026**
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: **12%**
9. Código Documento: **3117:571336551**
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: **27/03/2026**

*Firma y/o Sello
Emisor Constancia*



M.Cs. Milton César Urbina Quiñones
DNI: 73263048

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 by
JORGE LUIS QUIÑONES ESPINOZA
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 090-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las **08:00** horas, del día 12 de diciembre de dos mil veinticinco, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES, M.Cs. YORCKA ULIANA TORRES TORRES, M.Cs. NILTON YAQUILIN ROJAS RUIZ**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. MILTON CESAR URBINA QUIÑONES**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EXPRESO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**, presentada por el **Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, JORGE LUIS QUIÑONES ESPINOZA**.


Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... **APROBAR**... con la calificación de **QUINCE (15)**... la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, JORGE LUIS QUIÑONES ESPINOZA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**.

Siendo las **09:00** horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
M.Cs. Milton Cesar Urbina Quiñones
Asesor


.....
Dra. Cynthia Cerna Pajares
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Yorcka Uliana Torres Torres
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz
Jurado Evaluador

DEDICATORIA:

A mis padres, Flor y Raúl, por sus enseñanzas
y ejemplo de vida.

AGRADECIMIENTO:

A Julio y Angelmiro, por sus consejos e invaluable apoyo.

EPÍGRAFE

Todos los animales son iguales, pero algunos
son más iguales que otros. (Orson Wells)

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

DEDICATORIA:	v
AGRADECIMIENTO:	vi
EPÍGRAFE	vii
TABLA DE CONTENIDO	vii
LISTA DE ILUSTRACIONES	xiii
LISTA DE ABREVIATURAS	xii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xvii
INTRODUCCIÓN	xviii
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. Contextualización del problema	1
1.2. Descripción del problema	7
1.3. Formulación del problema	8
1.4. Hipótesis	8
1.5 Justificación	9
1.6 Objetivos	10
1.6.1 Objetivo general	10
1.6.2.Objetivos específicos.....	10
1.7 Delimitación de la investigación	11
1.7.1 Espacial y temporal	11
1.8 Tipo de investigación	11
1.8.1 Fin que se persigue	11
1.8.2. Diseño de investigación	12
1.8.3 Métodos y procedimientos que se utilizan	13
1.9 Métodos de investigación	13
1.9.1 Métodos generales	13
1.9.2 Métodos específicos	14

1.10 Técnicas para demostración de las hipótesis.....	15
1.10.1. Recopilación de documentos.....	15
1.10.2. Análisis de contenido.....	16
1.11 Instrumentos	18
1.11.1 Hoja guía de observación documental.....	18
1.11.2 Matriz de análisis jurisprudencial	18
1.12 Estado de la cuestión	19
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	21
2.1 Aspectos filosóficos del tema.....	21
2.1.1 Positivismo incluyente	21
2.1.2 Constitucionalismo garantista	24
2.1.3 Universalismo y Relativismo	24
2.2 Teorías relativas al tema.....	27
2.2.1 Derechos humanos.....	27
2.2.2 Derecho subjetivo.....	32
2.2.3 Positivización de los derechos humanos	33
2.2.4 Derechos colectivos.....	34
2.2.5 Enfoque intercultural de los derechos humanos	35
2.3 Derecho a la libre determinación de los pueblos	37
2.3.1 Principio de las nacionalidades.....	38
2.3.2 Autodeterminación o libre determinación de los pueblos	40
2.3.3 Tratados internacionales sobre libre determinación de los pueblos indígenas	46
2.4 Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.....	49
2.4.1 Denominación de pueblos indígenas	49
2.4.2 Convenio 169 OIT	52
2.4.3 Otras normas a nivel internacional.....	54
2.4.4 Normas a nivel nacional	55
2.4.5 Jurisprudencia nacional	56
C. STC 05427-2009-PC/TC.....	59
D. Expediente 1126-2011-HC/TC	61
2.4.6. Jurisprudencia internacional	66

2.5. Contenido jurídico del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas	76
2.5.1 Autodeterminación o libre determinación	79
2.5.2. Integridad cultural	83
2.5.3. Tierra y recursos.....	83
2.5.4. Bienestar social y desarrollo	85
2.5.5. Autogobierno	86
2.6 Estado Constitucional y Pluralismo Jurídico.....	87
2.6.1 Estado Constitucional de Derecho.....	87
2.6.2 Pluralismo jurídico	92
2.6.2 Multiculturalidad.....	100
2.6.3 Interculturalidad	101
CAPITULO III. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	104
3.1 Logro de objetivos específicos	104
3.2 Análisis de sentencias del Tribunal Constitucional.....	106
3.2.1 STC 03343-2007-PA/TC- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2009).....	106
3.2.2 STC 0022-2009-PI/TC- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2010).....	108
3.2.3 STC 05427-2009-PC/TC- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2010).....	109
3.2.4 STC 01126-2011-HC/TC – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2012).....	110
3.2.5 PLENO. SENTENCIA 1003/2021 (EXP. 1171-2019-PI/TC)- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Consttiucional del Perú, 2021)	111
3.2.6 PLENO. SENTENCIA 27/2022 (STC 03066-2019-PA/TC) – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal.....	112
Constitucional del Perú, 2022)	112
3.2.7 PLENO. SENTENCIA 461/2023 (EXP. 00151-2021-PA/TC) – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal.....	113
Constitucional del Perú, 2023).....	113
3.2.8 PLENO. SENTENCIA 290/2024 (EXP. 02783-2021-AA/TC) – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal.....	114

Consttucional del Perú, 2024).....	114
3.3. El enfoque intercultural de los derechos humanos, como forma de respeto a la formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas.....	115
3.3.1. La concepción de derechos humanos	115
3.3.2 Las formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas.....	116
3.3.3 El enfoque intercultural de los derechos humanos.....	118
3.3.4 Universalidad de los derechos humanos	120
3.3.5 Constitucionalización de los derechos humanos.....	121
3.3.6 Derechos Humanos de los pueblos indígenas	123
3.4 Los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia, la costumbre internacional y nacional como sustentos para el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.	125
3.4.1 Naturaleza jurídica del Convenio 169 OIT	125
3.4.2 Ratificación del Convenio 169 OIT.....	126
3.4.3 Fuentes del derecho internacional	127
3.4.4 La costumbre internacional.....	128
3.4.5 La costumbre nacional.....	129
3.4.6 Sentencias del tribunal constitucional	130
3.5 La interculturalidad, como interacción de la cultura de los pueblos indígenas con la cultura predominante en el país, para el desarrollo de sociedades inclusivas.	131
3.5.1 Pluralismo jurídico	131
3.5.2 Derechos humanos de los pueblos indígenas	133
3.5.3 Interculturalidad	135
CAPITULO IV: PROPUESTA NORMATIVA PARA EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	137
4.1 Exposición de motivos	137
4.2 Análisis costo beneficio	140

4.3 Efecto de la norma en la legislación nacional	140
4.4 Relación de la iniciativa con las políticas de estado del Acuerdo Nacional.....	141
4.5 Formula normativa.....	141
CONCLUSIONES.....	143
RECOMENDACIONES	147
LISTA DE REFERENCIAS.....	148

LISTA DE ILUSTRACIONES

Tabla 1 Matriz de análisis jurisprudencial - STC 03343-2007-PA/TC.....	106
Tabla 2 Matriz de análisis jurisprudencial – STC 0022-2009-PI/TC	108
Tabla 3 Matriz de análisis jurisprudencial – STC 05427-2009- PC/TC.....	109
Tabla 4 Matriz de análisis jurisprudencial – STC 1126-2011- HC/TC	110
Tabla 5 Matriz de análisis jurisprudencial– Pleno. Sentencia 1003/2021 ...	111
Tabla 6 Matriz de análisis jurisprudencial – Pleno. Sentencia 27/2022	112
Tabla 7 Matriz de análisis jurisprudencial- Pleno. Sentencia 461/2023.....	113
Tabla 8 Matriz de análisis jurisprudencial- Pleno. Sentencia 290/2024.....	114

LISTA DE ABREVIATURAS

1. **AIDSESP:** Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
2. **CIDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos
3. **CNDH:** Consejo Nacional de Derechos Humanos
4. **Convenio 169 OIT:** Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
5. **DDHH:** Derechos Humanos
6. **DNUDPI:** Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
7. **DPI:** Derechos de los Pueblos Indígenas
8. **Exp.:** Expediente
9. **HC:** Habeas Corpus
10. **INDEPA:** Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos
11. **Ley N°. 27985:** Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
12. **OIT:** Organización Internacional del Trabajo
13. **ONG:** Organización No Gubernamental

14. **ONU:** Organización de las Naciones Unidas

15. **PIDESC:** Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

16. **RENATI:** Registro Nacional de Trabajos de Investigación

17. **Soft Law:** Derecho blando o normas no vinculantes

18. **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional

19. **SUNEDU:** Superintendencia Nacional de Educación Universitaria

20. **TC:** Tribunal Constitucional

21. **UNPO:** Organización de Naciones y Pueblos No Representados.

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico peruano, los derechos humanos reconocidos en el Convenio 169 OIT a favor de los pueblos indígenas, no son fundamentales, al no estar establecidos como tales en la Constitución. Ante ello, la investigación examina los fundamentos legales y teóricos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho fundamental de libre determinación para las comunidades indígenas. Para ello, desde los postulados del Positivismo Incluyente se analizan argumentos legales y filosóficos, tales como dignidad humana, enfoque intercultural de los derechos humanos, fuentes de los derechos humanos, libre determinación, en especial de los pueblos indígenas e interculturalidad. Mediante el análisis de casos, se revisan casos internacionales sobre la materia de la CIDH y, nacionales, conformados por sentencias emitidas por el TC durante los años 1994 al 2011 sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, proveniente del referido instrumento internacional.

Como resultado, se evidencia que el enfoque intercultural de los derechos humanos; los tratados internacionales sobre derechos humanos; la jurisprudencia internacional; la costumbre nacional e internacional y, la interculturalidad, son los fundamentos para dicho reconocimiento constitucional; por lo que, bajo el método propositivo, se propone una fórmula de reforma constitucional a fin de incorporar en la constitución el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas como forma de respeto, promoción y protección de los derechos de dichas minorías.

Palabras clave: Derecho a la libre determinación, enfoque intercultural de derechos, interculturalidad

ABSTRACT

In the Peruvian legal system, the human rights recognized in ILO Convention 169 in favor of indigenous peoples are not fundamental, as they are not established as such in the Constitution. In view of this, the research examines the legal and theoretical foundations that support the express constitutional recognition of the fundamental right to self-determination for indigenous communities.

To this end, the postulates of Inclusive Legal Positivism are used to analyze legal and philosophical arguments, such as human dignity, the intercultural approach to human rights, sources of human rights, and self-determination, especially for Indigenous peoples, and interculturality. Through case analysis, we review international cases on the subject from the Inter-American Court of Human Rights, and national cases based on rulings issued by the Constitutional Court between 1994 and 2011 on the human rights of Indigenous peoples derived from the aforementioned international instrument.

As a result, it is evident that the intercultural approach to human rights, international human rights treaties, national and international custom, and interculturality are the foundations for such constitutional recognition. Therefore, under the propositional method, a constitutional reform formula is proposed to incorporate the right to self-determination of indigenous peoples into the Constitution as a means of respecting, promoting, and protecting the rights of these minorities.

Keywords: Right to self-determination, intercultural approach to rights, interculturality.

INTRODUCCIÓN

En el contexto legal peruano, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es parte integral del marco normativo, ratificado conforme al procedimiento establecido en la Constitución Política del Perú. Asimismo, la Constitución, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, establece que los derechos y libertades reconocidos por esta Carta Magna son parte del ordenamiento legal del Perú.

Desde la ratificación del citado instrumento internacional efectuada el año 1993, hasta la incorporación efectiva de los derechos en el ordenamiento jurídico nacional producida en el año 2011, el Tribunal Constitucional peruano, en el referido periodo, tramitó causas sobre derechos de los pueblos indígenas, en las cuales señaló, el carácter de derechos humanos de los derechos reconocidos en el Convenio 169 OIT a favor de los pueblos indígenas.

El legislador nacional mediante Ley N.º 27985, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización internacional del trabajo (OIT), incorporó con rango legal los derechos provenientes del citado convenio, desconociendo el rango de derechos humanos, con el cual se le reconoce a nivel internacional por organizaciones, tribunales o cortes internacionales y, a nivel nacional, en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en el citado periodo.

Como consecuencia de ello, desde la emisión de la citada ley, el Tribunal Constitucional, señala que el Convenio 169 OIT no reconoce derechos

fundamentales a favor de los pueblos indígenas; al no haber sido reconocido como tal en la Constitución, mediante el procedimiento respectivo.

En este contexto, a fin de lograr la eficacia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, provenientes del referido convenio, resulta necesario su incorporación constitucional, por lo que esta investigación se plantea la siguiente interrogante fundamental:

En este contexto, esta investigación se plantea la siguiente interrogante fundamental: ¿Cuáles son los fundamentos que respaldan el reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en el Perú? Esta pregunta surge como respuesta a la necesidad de aclarar y establecer los fundamentos y alcance de estos derechos fundamentales en un contexto caracterizado por la incertidumbre.

La justificación para llevar a cabo este estudio es multidimensional. En primer lugar, es imperativo cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que el Perú ha suscrito y garantizar una protección adecuada de las poblaciones indígenas. Además, la identificación de los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional de estos derechos contribuirá al desarrollo de la teoría jurídica de los derechos humanos de los pueblos indígenas, proporcionando argumentos doctrinarios sólidos. En palabras de Bobbio (1992) el problema de fondo en relación a los derechos humanos no se centra mucho en justificarlos, como en protegerlos. Por lo tanto, esta investigación busca contribuir a la protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, eliminando la incertidumbre acerca de la naturaleza y el carácter fundamental de estos derechos reconocidos a nivel internacional.

Los resultados de este estudio pueden tener un impacto significativo en el proceso constituyente al proporcionar argumentos sólidos para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto facilitaría el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el país al ratificar estos instrumentos y garantizaría una protección adecuada para estas poblaciones.

Además, desde una perspectiva personal, esta investigación se justifica por la convicción de que los derechos de los pueblos indígenas deben ser reconocidos y protegidos a nivel constitucional. Desde una perspectiva profesional, representa una oportunidad para especializarse en derechos de los pueblos indígenas, específicamente en el derecho a la libre determinación de estos grupos.

En ese sentido, el primer capítulo de la tesis, dedicado a los "Aspectos Metodológicos," establece un marco sólido para el estudio. Se inicia con una contextualización del problema, brindando una visión general de las cuestiones en juego. Luego, se procede a describir y definir de manera detallada el problema objeto de estudio. Además, se formula de manera precisa la problemática que se abordará en la tesis. La justificación de la investigación se enfoca en la importancia de abordar este tema, resaltando su relevancia tanto a nivel nacional como internacional. La definición de objetivos, tanto generales como específicos, proporciona una guía clara para la investigación. La delimitación del estudio y sus limitaciones se explican con transparencia. Finalmente, el tipo de investigación se define con claridad, detallando el propósito perseguido, el diseño de la investigación y los métodos y procedimientos utilizados.

El segundo capítulo, el "Marco Teórico," constituye el núcleo de la tesis y se sumerge en las bases filosóficas y teóricas del derecho a la libre determinación. Se explora un espectro de conceptos que abarcan desde el ius naturalismo, el positivismo y el positivismo incluyente hasta el universalismo, el relativismo y el pluralismo cultural. Además, se analizan teorías relacionadas con los derechos humanos, examinando la importancia de conceptos como la dignidad, la igualdad y la libertad, así como la naturaleza del derecho subjetivo y la positivización de los derechos humanos. El derecho a la libre determinación de los pueblos se desglosa minuciosamente, considerando elementos como el principio de las nacionalidades, la autodeterminación, tratados internacionales pertinentes, normativas nacionales y jurisprudencia relevante. Se profundiza en el contenido jurídico de este derecho, que engloba aspectos esenciales como la integridad cultural, la gestión de tierras y recursos, el bienestar social, el desarrollo y el autogobierno. Además, se explora cómo diversas corrientes de pensamiento respaldan su reconocimiento constitucional, destacando el pluralismo jurídico, la multiculturalidad, la interculturalidad y el enfoque intercultural de los derechos humanos.

Por consiguiente, esta investigación tiene como objetivo identificar los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Para ello, se abordarán aspectos específicos, como el enfoque multicultural de los derechos humanos, las fuentes del derecho internacional que respaldan este reconocimiento y la importancia de la interculturalidad como mecanismo para el reconocimiento de este derecho interno de los pueblos indígenas. La meta final es contribuir a la protección efectiva de los derechos fundamentales de estas poblaciones y aclarar la incertidumbre que rodea su reconocimiento constitucional en el Perú.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Contextualización del problema

En nuestro país, se tiene información de 55 pueblos indígenas, 51 ubicados en la Amazonía y 04 en los Andes (Ministerio de Cultura, 2022); mientras que 5 771 885 ciudadanos peruanos se autoidentificaron como indígena u originario de los andes, de acuerdo a los resultados del Censo Nacional 2017: XII de Población, VII de Vivienda, III de Comunidades Indígenas (III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas) (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2022).

En el contexto de la conquista y colonización en América, los pueblos indígenas fueron desposeídos de sus tierras y recursos, que venían conduciendo desde tiempos ancestrales, por los conquistadores y/o colonos. Tras la emancipación de las colonias, la subordinación de los pueblos indígenas persistió en los noveles Estados independientes, situación que se materializó en sus Constituciones liberales. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se reconocen a los derechos humanos denominados derechos de la solidaridad, conocido también como derechos de los pueblos.

Las reflexiones políticas, académicas y jurídicas que produjeron las atrocidades cometidas en dicho conflicto bélico conllevaron a la creación de las Naciones Unidas, mediante la Carta de las Naciones Unidas¹, como ente internacional para mantener la paz y la seguridad internacional; para fomentar el respeto entre naciones bajo los principios de igualdad de

¹ Suscrita el 26 de junio de 1945, en la ciudad de San Francisco, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.

derechos y de la libre determinación de los pueblos y adoptar acciones para la cimentar la paz universal; luego, la ONU proclamo la Declaración Universal de Derechos Humanos², a fin de impedir que los horribles sucesos acaecidos en dicha guerra no se repitan en el futuro y lograr así la unidad, integración, el respeto y la colaboración mutua entre las naciones del mundo con el objetivo de alcanzar niveles óptimos de vida. Entre dichos derechos, entre otros, tenemos: a) La autodeterminación y, b) el derecho de los pueblos indígenas.

El derecho a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, de acuerdo con Bobbio (2015) tiene sus raíces en la revolución francesa y producto del proceso de descolonización, encontrándose las primeras normas internacionales específicas, en la carta fundacional de las Naciones Unidas, como principio fundacional y, en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, se proclama entre otros asuntos, que cualquier forma de subordinación de un pueblo o explotación extranjera es una negación a los derechos fundamentales y contraria a las normas de las Naciones Unidas y que, “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Organización de las Naciones Unidas, 1960).

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por

² Acordada por la Asamblea General mediante resolución 217^a (III) con fecha 10 de diciembre de 1948.

la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989; constituye la respuesta internacional para la protección de dichos pueblos, siendo el instrumento que establece principios y normas a favor de las comunidades indígenas (Organización Internacional del Trabajo, 1989). Dicho instrumento legal, fue ratificado por el Congreso Constituyente Democrático, mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada en el diario oficial El Peruano el 05 de diciembre de 1993³.

El citado instrumento legal reconoce a favor de los pueblos indígenas, el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, siendo uno de sus componentes, el derecho a la consulta previa sobre medidas legislativa o administrativas que les afecten. Así, este documento legal va más allá de simples palabras; representa un acuerdo internacional para proteger las culturas, tradiciones y derechos esenciales de las comunidades indígenas. En ese sentido, se muestra nuestra obligación como sociedad global de cuidar a aquellos que han sido marginados y desfavorecidos a lo largo de la historia.

Luego, dicho derecho es consolidado en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto de derechos civiles y políticos aprobados ambos por la Asamblea de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. El Estado Peruano en cumplimiento de las obligaciones provenientes del Convenio 169-OIT, promulgo la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de setiembre de 2011 (Ley N° 29785, 2011).

³ El Instrumento de Ratificación es del 17 de enero de 1994. El depósito data 2 de febrero de 1994; siendo vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995.

Desde la ratificación del citado instrumento internacional efectuada el año 1993, hasta la incorporación efectiva de los derechos en el ordenamiento jurídico nacional producida en el año 2011, el Tribunal Constitucional peruano, en el referido periodo, tramito causas sobre derechos de los pueblos indígenas⁴, en los cuales, señalo, el carácter de derechos humanos de los derechos reconocidos en el Convenio 169 OIT a favor de los pueblos indígenas, los cuales ostentan rango constitucional⁵.

Luego de ello, el legislador nacional mediante Ley N.º 27985⁶, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), incorporó con rango legal los derechos provenientes del citado convenio, desconociendo el rango de derechos fundamentales, con el cual se le reconoce a nivel internacional por organizaciones, tribunales o cortes internacionales y, a nivel nacional, en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, hasta antes de la emisión de dicha norma.

Como consecuencia de ello, desde la emisión de la citada ley, el Tribunal Constitucional, en un primer momento señalo que el Convenio 169 OIT no reconoce derechos fundamentales a favor de los pueblos indígenas; al no haber sido reconocido como tal en la Constitución, mediante el procedimiento respectivo⁷. A continuación, señalo que el Convenio 169 OIT contiene una

⁴ En su calidad de órgano de control de la constitucionalidad, establecido en el artículo 201 de la Constitución.

⁵ En ese sentido tenemos la STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 33; sentencia Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamento 9; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 9; STC 01126-2011-HC/TC, reconoce la naturaleza de territorio de las tierras de los pueblos indígenas, sobre la cual tienen autonomía y autogobierno, acorde con el Convenio 169 OIT.

⁶ El objeto de dicha disposición legal es normar el derecho a la consulta previa, desarrollando su contenido, los principios y el procedimiento aplicable a ella, con respecto a las medidas legislativas o administrativas que directamente afecten a los pueblos indígenas u originarios

⁷ Pleno. Sentencia 27/2022 (Exp. 03066-2019-PA/TC), fundamento 3 y 4. Como antecedente de

serie de derechos humanos a favor de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación, derecho continente que puede albergar el derecho a la libre determinación, propiedad comunal, recursos naturales, libertad religiosa e identidad cultural. Agrega, que solo el primero de ellos se encuentra reconocido por el ordenamiento jurídico, como norma legal, por lo que en la parte decisoria exhorta al Congreso que legisle sobre el derecho de participación de los pueblos indígenas⁸.

Posteriormente y en ese sentido, señala que la Ley N° 29785 desarrolla el derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios a la consulta previa, proveniente del Convenio 169 OIT, amparándose en lo resuelto en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC, fundamentos 37 y 38, referidos a los elementos que conforman el derecho protegido constitucionalmente por el derecho a la consulta.

Otra forma de protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios consiste en reconocerlos, desarrollarlos y/o protegerlos mediante las políticas nacionales, en el caso de los pueblos indígenas u originarias, la política nacional⁹ que de manera directa se refiere a los derechos de dichos colectivos, es la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2021-MC, instrumento que identifico como problema público: “Limitado ejercicio

dicha postura, tenemos los votos singulares de los magistrados Ernesto Blume Fortini y José Luis Sardon Taboada en el Pleno. Sentencia 1003/2011.

⁸ Pleno. Sentencia 461/2023 (Exp. 00151-2021-PA/TC), fundamento 64.

⁹ De acuerdo con la información obrante en el mes de noviembre de 2025, en la página web del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico: <https://www.ceplan.gob.pe/politicas-nacionales-y-sectoriales/>.

de los derechos lingüísticos de las personas hablantes de lenguas indígenas u originarias”, señala sus causas y efectos, plantea 04 objetivos prioritarios y 32 lineamientos a fin de solucionar dicho problema, mientras que la fuente de financiamiento corre a cargo de cada ministerio involucrado en dicho plan (Cultura, 2022).

Los resultados parciales de la ejecución de dicha política nacional, están contenidos en el Informe de Evaluación de la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad (PNLOTI) al 2040, resultados al 2023 (Cultura, 2024), el Ministerio de Cultura concluye, entre otros, con respecto de 26 indicadores no se conoce su grado de nivel de implementación, por no contarse con un valor inicial sobre el cual hacer alguna comparación o bien, porque existen metas, pero no se cuenta con información para contrastar. Asimismo, señala, 26 indicadores tienen estado de alerta, por falta de información o precario avance, siendo 20 de ellos ligados a servicios, como por ejemplo los referidos a salud, que deben de ser implementados por el Ministerio de Salud, mediante el Sistema Integral de Salud y otros a cargo del Ministerio del Interior, a través de la Policía Nacional del Perú¹⁰.

¹⁰ Los servicios con estado de alerta, es decir de baja o deficiente ejecución, son entre otros:

- Servicio de atención, información y orientación en lengua indígena u originaria para acceso al Plan Integral de Reparaciones.
- Servicios de prevención, atención, y protección frente a la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar de pueblos indígenas u originarios.
- Servicio de investigación policial por presunta comisión de delitos contra población hablante de lenguas indígenas u originarias.
- Servicio de acompañamiento a personas con discapacidad severa en situación de pobreza y a sus cuidadores para fomentar la inclusión productiva.
- Servicio de orientación social y legal en materia de discriminación étnico y social.
- Servicio de fortalecimiento de capacidades a actores estratégicos para el fomento de la adquisición y aprendizaje de las lenguas indígenas u originarias en niños/as, jóvenes y hablantes de herencia.

En consecuencia, se aprecia la falta de protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, por lo que se determina la necesidad de un enfoque meticuloso y deliberado al interpretar y aplicar las leyes, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales, como en la presente investigación, para la efectiva protección del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

1.2. Descripción del problema

En el contexto planteado, en un primer momento se reconocía el rango constitucional del Convenio 169 OIT, efectos que se irradiaban a los derechos contenidos en dicho instrumento internacional; luego, en segundo momento, a partir de la dación de la Ley N° 29785 y su reglamento, se desconoció el rango constitucional del citado convenio, por no estar expresamente establecido en la Constitución, conforme a los procedimientos establecidos en ella; en el tercer momento, se considera como derecho fundamental únicamente al derecho a la consulta, sin tener en consideración que el Convenio 169 OIT contiene un abanico de derechos a favor de dichos pueblos, los que fueron reconocidos por el propio Tribunal Constitucional en un primer momento, lo que genera que los demás derechos que conforman el derecho a la libre determinación no se encuentren protegidos constitucionalmente. A ello se suma que la única política dirigida a los pueblos indígenas u originarios, en su ejecución no registra resultados favorables mínimos para dichas poblaciones, sea por falta de ejecución de actividades o por falta de información.

Ante ello, a fin de lograr la eficacia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, provenientes de fuentes internacionales y nacionales sobre

derechos humanos, jurisprudencial internacional y nacional, doctrina, resulta necesario su incorporación en el texto constitucional nacional, bajo los preceptos del Positivismo Incluyente íntimamente relacionado con Constitucionalismo Garantista, dichos derechos fundamentales sean considerados reglas sobre los cuales se impongan obligaciones de prestación o impedimentos de lesión al Estado o terceros (Ferrajoli, Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista, 2011), por lo que esta investigación se plantea determinar cuáles son los fundamentos para dicho reconocimiento constitucional expreso y proponer un texto normativo para su incorporación en la norma suprema.

1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?

1.4. Hipótesis

Los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas; son:

- A. El enfoque intercultural de los derechos humanos, como forma de respeto a las formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas.
- B. Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos; la jurisprudencia internacional; la costumbre internacional y nacional como sustento para el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

- C. La interculturalidad, como la interacción de la cultura de los pueblos indígenas con la cultura predominante en el país, para el desarrollo de sociedades inclusivas.

1.5 Justificación

Ante la incertidumbre sobre el carácter de derecho fundamental de los derechos pueblos indígenas y, a fin de cumplir con las obligaciones internacionales de nuestro país, en materia de derechos humanos; así como, la adecuada protección de dichas poblaciones, resulta necesario establecer los fundamentos que sustenten su reconocimiento constitucional.

La identificación de tales fundamentos, coadyuvarán a la dogmática de los derechos humanos de los pueblos indígenas, para contar con los argumentos doctrinarios que permitan el reconocimiento y protección de dichos derechos, como derechos fundamentales; ya que "el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*" (Bobbio, 1991, p. 61).

Es por ello que, producto de la identificación y delimitación de los fundamentos del derecho de los pueblos indígenas, nos permitirá sustentar su reconocimiento constitucional; situación que beneficiará a dichos pueblos, al zanjarse la incertidumbre sobre la naturaleza de humanos o fundamentales de sus derechos reconocidos a nivel internacional.

El resultado de la investigación, podrá ser tomada en cuenta por el Constituyente, como sustento, para reconocer los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Constitución,

posibilitando el cabal cumplimiento de la obligación asumida al ratificar dicho convenio y proteger adecuadamente a dichas poblaciones.

Por último, en cuanto a la justificación personal, proviene de la convicción personal que los derechos de los pueblos indígenas deben de ser reconocidos y protegidos a nivel constitucional; mientras que la justificación profesional, radica en que la investigación me permitirá especializarme en derechos de los pueblos indígenas, específicamente en autodeterminación de los pueblos indígenas.

1.6 Objetivos

1.6.1 Objetivo general

Identificar los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

1.6.2. Objetivos específicos

- a) Analizar el enfoque multicultural de los derechos humanos con respecto de los pueblos indígenas.
- b) Identificar la (s) fuente (s) del derecho internacional que sustenta (n) el reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.
- c) Analizar la interculturalidad como mecanismo para el reconocimiento del derecho a la libre determinación interna de los pueblos indígenas.
- d) Formular una propuesta de reforma constitucional para el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

1.7 Delimitación de la investigación

1.7.1 Espacial y temporal

Esta investigación al ser teórica dogmática no tiene ámbito espacial.

La presente investigación al ser teórica dogmática no tiene ámbito temporal.

1.8 Tipo de investigación

1.8.1 Fin que se persigue

La presente investigación es de tipo básica, ya que "tiene por finalidad el mejor conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales. Se llama básica porque es el fundamento de toda otra investigación" (Sierra Bravo, 2001, p. 32).

En el presente caso, mediante el análisis de los elementos que sustentan el derecho de los pueblos indígenas, se busca contribuir a la dogmática constitucional, otorgando el sustento que permita el reconocimiento constitucional de dichos derechos. Para ello, se recurrirá a la dogmática y teorías constitucionales relacionadas a derechos fundamentales, con énfasis en un enfoque multicultural de estos; al derecho a la autodeterminación de los pueblos y, a los derechos de los pueblos indígenas, por lo que no se realizará actividad empírica.

1.8.2. Diseño de investigación

A. Descriptiva

En la presente investigación se describe que los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación proveniente del Convenio 169 y normas internacionales concordantes no se encuentran reconocidos en la Constitución.

B. Explicativa

Se explica como el referido vacío normativo con respecto al reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, provoca que dichos derechos no gocen de una adecuada protección procesal constitucional, conforme a los procesos judiciales analizados en la presente investigación.

C. Propositiva

La investigación es propositiva, en la doctrina, también recibe la denominación de investigación jurídica propositiva, la cual examina la carencia de una norma o se discute una existente, identificando su contenido, alcances y fallas para sugerir su derogación total o parcial y la creación de una nueva. Estas indagaciones finalizan con propuestas de reforma constitucional o legal (Pasquel Bustillos, 2023, p.48).

Ante la falta de reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, culmina con una propuesta de reforma constitucional para incorporar en la Constitución Política, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, lo que

permitirá solucionar o aminorar el problema identificado en la presente investigación.

1.8.3 Métodos y procedimientos que se utilizan

Debido a que, en la presente investigación, no se recurrirá a procesos estadísticos o de procesamiento numérico de datos, esta es de tipo cualitativo, al tratarse de "identificar, básicamente, la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena a su comportamiento y manifestaciones" (Aranzamendi Ninacondor, 2010, p. 156). Siendo materia de estudio las teorías ya existentes sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, luego de lo cual se propondrá una nueva teoría.

1.9 Métodos de investigación

1.9.1 Métodos generales

A. Método hipotético - deductivo

El presente método "parte de unas aseveraciones en calidad de hipótesis y busca refutar o falsear tales hipótesis, deduciendo de ellas conclusiones que deben confrontarse con los hechos" (Bernal, 2010,p. 60).

Para delimitar el objeto de estudio se ha analizado las normas internacionales sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, tales como el Convenio 169 OIT, DNUDPI, PIDESC, sentencias del Tribunal Constitucional, doctrina sobre derechos humanos, lo que nos permitirá efectuar unas afirmaciones en

calidad de hipótesis, las cuales serán materia de confirmación o refutación en la presente investigación.

B. Método de análisis – síntesis

En la presente investigación se utilizará dicho método, debido a que “posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existente entre las partes y el todo” (Villabella Armengol, 2022, p.937).

Mediante el análisis podremos fragmentar a los componentes del problema en cada uno de sus elementos y/o cualidades a fin examinar cada uno de ellos por separado. Mientras que la síntesis, es el lado opuesto, al integrar a los componentes, lo que nos permitirá tener un entendimiento general de los componentes.

1.9.2 Métodos específicos

A. Dogmático

Delimitado los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, la investigación pretende ofrecer al legislador constituyente los dogmas jurídicos que sustenten dicho reconocimiento constitucional, ayudándolo en la comprensión de los institutos jurídicos que lo conforman, a fin de que puedan ser plasmados como sustento en una futura reforma constitucional.

B. Argumentativo

El modelo argumentativo permitirá “reunir todos los puntos que puedan incluirse en una interpretación o posición intelectual determinada y exponerlos coherentemente, (...). El modelo argumentativo se verá bien organizado, si se distinguen posiciones intelectuales claras y se utilizan denominaciones ya reconocidas en doctrina” (Lopez Escarcena, 2011,p. 238).

Mediante este método, con las premisas que resulten del análisis de la doctrina referida a los componentes del problema de investigación se podrá deducir conclusiones, las cuales serán expuestas de forma coherente al auditorio para su aprobación, que en una primera instancia será el jurado evaluador y luego las personas que revisen la investigación.

1.10 Técnicas para demostración de las hipótesis

1.10.1. Recopilación de documentos

La obtención de documentos juega un papel crucial en la validación de hipótesis en investigaciones académicas, y su importancia reside en su capacidad para proporcionar el material necesario para respaldar nuestras conjeturas y construir argumentos sólidos. Esencialmente, los documentos representan las pruebas tangibles de eventos pasados, decisiones tomadas o información relevante, y constituyen el fundamento sobre el cual basamos y justificamos nuestras hipótesis.

Cuando nos adentramos en una investigación, nuestras hipótesis representan las suposiciones que buscamos confirmar o refutar. Los

documentos, que pueden ser archivos históricos, informes científicos, registros legales u otros tipos de fuentes escritas, nos proporcionan la evidencia empírica necesaria para respaldar nuestras afirmaciones. La recopilación meticulosa y sistemática de estos documentos es esencial para asegurar la credibilidad y la solidez de nuestras investigaciones.

Además, la recopilación de documentos nos brinda la oportunidad de explorar diversas perspectivas y enfoques en nuestra investigación. Al considerar una variedad de fuentes, podemos enriquecer nuestras hipótesis al incorporar diferentes voces y puntos de vista. Esto no solo fortalece la solidez de nuestras conclusiones, sino que también enriquece el discurso académico y científico.

Por último, la recopilación de documentos desempeña una función crítica en la validación de hipótesis en investigaciones académicas, ya que permite el análisis minucioso para contribuir al conocimiento y al cuerpo de literatura en una variedad de campos.

1.10.2. Análisis de contenido

Esta metodología nos permite examinar, comprender y evaluar de manera sistemática el contenido de documentos, textos, medios u otras fuentes de información relevantes, con el propósito de verificar o desacreditar nuestras hipótesis.

El análisis de contenido nos permite detectar relaciones, conexiones y causas que respalden nuestras conjeturas. Al analizar detenidamente el contenido, podemos revelar información y perspectivas que enriquecen nuestras investigaciones. Además,

esta metodología nos permite clasificar y organizar la información de manera lógica y coherente.

Esta técnica, también es utilizada para el análisis de casos, particularmente en el ámbito de la jurisprudencia, se convierte en una herramienta crucial para validar hipótesis en investigaciones centradas en el reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Así, el análisis de casos jurisprudenciales nos brinda la oportunidad de analizar cómo los tribunales y los sistemas legales han interpretado y aplicado este derecho a lo largo del tiempo.

Por un lado, el análisis de casos nos permite detectar patrones y tendencias en las decisiones judiciales, lo que puede arrojar luz sobre cómo se ha interpretado y aplicado el concepto de libre determinación en una variedad de contextos y escenarios legales.

Esto proporciona

pruebas concretas que respaldan nuestras hipótesis acerca de la evolución del reconocimiento de este derecho fundamental.

Además, el análisis de casos nos ayuda a desentrañar los argumentos legales y las consideraciones jurídicas que han influido

en las decisiones en casos relevantes. Esto nos permite identificar

los fundamentos legales y jurisprudenciales que sustentan el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas

en diversos sistemas

legales y constituciones.

Por último, otro aspecto relevante es que el análisis de casos jurisprudenciales puede ayudarnos a identificar áreas legales sin desarrollo o ambigüedades en la jurisprudencia existente. Así, el análisis de casos jurisprudenciales desempeña un papel central en la validación de hipótesis en investigaciones relacionadas con el reconocimiento constitucional de la libre determinación de los pueblos indígenas. Ofrece un enfoque fundamentado en pruebas sólidas para explorar los fundamentos legales y jurisprudenciales que sustentan este derecho fundamental, al mismo tiempo que proporciona una evaluación crítica de su aplicación en diversos contextos legales.

1.11 Instrumentos

1.11.1 Hoja guía de observación documental

La hoja guía de observación documental se utilizará para la aplicación de la técnica de observación documental.

1.11.2 Matriz de análisis jurisprudencial

Este instrumento se aplica en el análisis de casos, específicamente, en las sentencias del Tribunal Constitucional relacionados a procesos sobre derechos de los pueblos indígenas, nos permitirá identificar y analizar los derechos constitucionales relevantes para la presente investigación.

1.12 Estado de la cuestión

Hasta la fecha, se ha realizado una revisión exhaustiva de investigaciones, doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional que se relacionan con las instituciones y cuestiones objeto de este estudio. Esta revisión bibliográfica involucró la consulta del Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU) y la exploración de repositorios de universidades extranjeras. Además, se ha realizado un análisis minucioso de la jurisprudencia relevante tanto en el ámbito nacional como internacional en relación con el tema de investigación.

En la literatura existente, se encuentran investigaciones que tratan sobre instituciones similares o temas relacionados con las que se analizarán en este estudio. Como por ejemplo, la investigación titulada *El Derecho A La Libre Determinación De Los Pueblos Indígenas: Una Vía Para Fortalecer La Gobernabilidad Democrática En Colombia*, realizada por Carlos Mendoza (2016). Así, dicha investigación se enfoca en los desafíos que enfrentan los pueblos indígenas en Colombia debido a la exclusión y persecución que han sufrido tanto por parte de actores gubernamentales como no gubernamentales.

Para fortalecer la gobernabilidad democrática, se argumenta que es esencial involucrar activamente a los pueblos indígenas como actores clave en el proceso político. Además, se enfatiza en la importancia de fomentar la autonomía de estos grupos en la administración de sus asuntos internos, permitiéndoles influir en las decisiones públicas y supervisar la responsabilidad y rendición de cuentas de sus líderes. Así, este enfoque

participativo y respetuoso de los derechos humanos y las especificidades culturales contribuiría a una mayor legitimidad del sistema político al abordar las demandas y problemas específicos que enfrentan los pueblos indígenas en Colombia.

Por otro lado, se identifica la investigación titulada *Libre determinación y consulta como bases de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, realizada por Enrique Francisco Pasillas Pineda (2019). Así, este estudio se enfoca en examinar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a través de los principios internacionales de Libre Determinación y Consulta Previa. Asimismo, la investigación compara estas bases con casos presentados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, centrándose especialmente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En resumen, el estudio profundiza en la importancia de la consulta previa y la libre determinación para los pueblos indígenas, analizando cómo estos principios se aplican en situaciones reales frente a tribunales internacionales.

Estos trabajos previos ofrecen una base sólida para contextualizar y fundamentar la presente investigación. En vista a que, se resalta la necesidad de llevar a cabo una investigación detallada y específica que explore en profundidad los vínculos entre las instituciones en cuestión y profundice en los problemas identificados. La presente investigación se plantea como un esfuerzo por cubrir este vacío en la literatura académica y contribuir con nuevos conocimientos en este campo de estudio.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Aspectos filosóficos del tema

2.1.1 Positivismos incluyente

El Positivismos Jurídico, es la corriente filosófica, que, de forma general, conceptúa al derecho como la amalgama de normas creadas por los seres humanos mediante actos formales y estatales, la cual distingue marcadamente la moral de la validez jurídica de las normas, lo que constituye el denominado paradigma del Imperio de la Ley, positivista o legalista. (Regla, 2007, p.669).

En la actualidad, en la doctrina encontramos dentro del Positivismos Jurídico, el Positivismos Jurídico Excluyente y el Positivismos Jurídico Incluyente, por lo que, para diferenciarlos los contrastaremos con las tesis que componen el Positivismos Jurídico, siendo estas: la Tesis Social la Tesis de Convencionalidad y la Tesis de Separabilidad.

La Tesis Social, propugna que el derecho es una creación social, que responde a un hecho social relevante, que da validez a la norma jurídica; ambas clases de positivistas coinciden con dicha concepción, la del hecho social relevante, pero difieren en la naturaleza de dicho hecho social relevante, para la validez de la norma. Para los primeros, el hecho social que otorga validez a un determinado ordenamiento jurídico, está constituido por la existencia de un soberano o autoridad dispuesto y capaz de ejercer el poder punitivo ante la contravención de sus mandatos, quien emite las normas de acuerdo a determinados procedimientos; mientras que los segundos, la rechazan, señalando,

que, existen normas de por su contenido moral son válidas con prescindencia de su relación con el hecho social.

La Tesis de la Convencionalidad, tiene dos variantes, la tesis débil y la tesis fuerte, por la primera, una convención social está conformada por la concurrencia de conducta y de actitud, así como de una conducta de ajuste y, una creencia conjunta de que la inobservancia justifica legítimamente la censura, ambas posturas coinciden en que la convención justifica los criterios de validez, mas no, en la naturaleza de dicha convención. La segunda, sostiene, las autoridades tienen la obligación de aplicar los requerimientos de la regla de reconocimiento cuando cumplen con sus funciones, y es la regla misma quien establece esta obligación de manera independiente. Asimismo, las autoridades podrían estar moralmente obligadas a implementar la regla de reconocimiento; sin embargo, si es o no una obligación depende de su contenido y es un asunto contingente; esta obligación moral de las autoridades es lo que no comparten los positivistas excluyentes.

La Tesis de la Separabilidad, sostiene que la validez de una norma jurídica no depende de aspectos morales, ni de exigencias morales, por lo que las normas las excluyen formalmente, posición adoptada por los positivistas excluyentes; mientras que los positivistas incluyentes se adscriben a la Tesis de la Incorporación, la cual se basa en el denominado Componente de Suficiencia, donde la aplicación de un principio moral es necesario para la validez de una norma en un determinado ordenamiento jurídico; aun cuando dicha

norma no haya sido promulgada, siendo válida por su contenido moral y, por el Componente de Necesidad para que disposición normativa sea jurídicamente válida, es necesario que su contenido guarde relación con principios o normas morales (Himma, 2014, p.353-357).

Wilfrid Waluchow, refiere que el positivismo jurídico incluyente sostiene la tesis de la separación débil, en la cual la moral puede conformar los criterios de validez que se establecen en la regla de reconocimiento, situación que no sucede en todos los casos (Fabra Zamora 2018, p.27)

El citado autor considera como una característica relevante del positivismo jurídico incluyente:

“... sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos —por ejemplo, las leyes— pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas” (Waluchow, 2007, p.17).

Waluchow, enriquece el concepto de interpretación constitucional de origen canadiense, denominado árbol vivo, entendiendo que las disposiciones constitucionales son normas de naturaleza abierta; donde la constitución no establece de forma predeterminada la interpretación de los derechos fundamentales a perpetuidad, sino que aquellos y su interpretación pueden ejercerse y mutar de acuerdo al contexto, en relación a los casos en los que se vean inmersos seas

procesados y resueltos. Considera que la Constitución proporciona un parámetro de regulación, pero cuyo desarrollo está destinado a los jueces (Fabra Zamora, 2018, p. 35).

2.1.2 Constitucionalismo garantista

Luigi Ferrajoli, nos ofrece una definición amplia del Garantismo o Constitucionalismo Garantista, como el modelo jurídico que se fundamenta en la estricta subordinación de todos los poderes a la ley y en las restricciones que estos tienen para garantizar los derechos, priorizando especialmente aquellos derechos fundamentales establecidos por la Constitución.

En esa línea, considera al garantismo como expresión del estado constitucional de derecho, lo que significa un sistema que expande el modelo del estado liberal en dos direcciones: primero, a todos los poderes, incluyendo no solo al judicial sino también al ejecutivo y al legislativo, así como a los públicos y los privados; segundo, a todos los derechos, abarcando no solo aquellos relacionados con la libertad sino también con los sociales, junto con las obligaciones y las prohibiciones asignadas a la administración pública (Ferrajoli, 2014, p.29).

2.1.3 Universalismo y Relativismo

Otro aspecto a considerarse es el carácter universal de los derechos humanos, pregonados tanto por los ius naturalistas racionalistas, basados en la razón común de los seres humanos, como por los positivistas jurídicos, al haber sido declarados de esa forma en

documentos internacionales de la mayor trascendencia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su desarrollo en documento internacionales posteriores; mientras que para los relativistas los derechos humanos: son inseparables de la mentalidad del Siglo de las Luces y no dejan de ser el producto de una sociedad particular en un momento dado: Europa después de la Segunda Guerra Mundial, y son, por ende, una construcción occidental con aplicabilidad limitada. Desde este punto de vista, la Declaración de Derechos Humanos es sólo universal en pretensión (Boco & Bulanikian, 2010, pág. 12).

Es decir, por un lado, se plantea que los derechos humanos poseen una dimensión universal, fundamentada en principios racionales y en la concepción de una razón compartida por todos los individuos. Así, se respalda mediante menciones a documentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que abogan por la idea de derechos inherentes a toda la humanidad.

Por otro lado, se expone la perspectiva relativista, que argumenta que los derechos humanos son un producto cultural y que su universalidad en última instancia es una aspiración occidental. De esta manera, se defiende que estos derechos tienen sus raíces en el Siglo de las Luces y surgieron en el contexto de Europa después de la Segunda Guerra Mundial; más aún, se plantea interrogantes sobre la aplicabilidad de estos derechos en distintas culturas y épocas.

Por consiguiente, se podría argumentar que:

“El relativismo cultural puede ser usado como una herramienta que legitima comportamientos llevados a cabo para preservar estructuras de poder. De esta manera, afirmamos que ni el relativismo cultural ni el universalismo escapan a manipulaciones políticas” (Boco & Bulanikian, 2010, pág. 14).

Este fragmento pone de relieve la importancia de mantener un análisis crítico y consciente sobre cómo el relativismo cultural puede ser manipulado por actores con agendas políticas particulares.

En esencia, lo anterior permite que adoptemos un enfoque equilibrado y crítico cuando se trate de discutir sobre el relativismo cultural y el universalismo, reconociendo que ambos pueden ser influenciados por intereses políticos y que es crucial abordar estos temas con sensibilidad cultural y un genuino compromiso con la equidad y la justicia. Reflexionar sobre estas complejas dinámicas es esencial para fomentar un diálogo constructivo acerca de los valores culturales y los derechos humanos en un mundo diverso y globalizado.

Por lo tanto, este debate resulta esencial para comprender la complejidad de los derechos humanos. A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos busca establecer normas éticas universales, es relevante reconocer que su implementación puede enfrentar desafíos derivados de las diferencias culturales y políticas en diversas partes del mundo. Sin embargo, el hecho de que estos derechos sean objeto de debate tiene relevancia y la necesidad de buscar un equilibrio entre la universalidad y el respeto a la diversidad cultural.

2.2 Teorías relativas al tema

2.2.1 Derechos humanos

Los derechos humanos representan un conjunto de derechos inalienables que pertenecen a todas las personas, sin importar su origen, género, religión, raza o posición social. Entonces, se sustentan en principios universales de dignidad, equidad y libertad, y abarcan una amplia gama de aspectos, desde el derecho a la vida y la libertad hasta la participación en procesos políticos y la igualdad de oportunidades. Por ello, su objetivo principal es garantizar que todas las personas sean tratadas con equidad y respeto, protegiendo su integridad y permitiéndoles vivir una vida plena y con dignidad. Estos derechos son universalmente reconocidos a través de documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos y desempeñan un papel esencial en la promoción de sociedades justas, inclusivas y democráticas en todo el mundo.

La historia de la humanidad se ha visto fuertemente influenciada por los derechos humanos, desarrollado por “los pensadores que se han ocupado de cuáles son los valores fundamentales del ser humano” (Polo, 2020, págs. 3-4) cuyos orígenes, se remontan desde las leyes de Hamurabi, desarrollándose a lo largo de la historia para consolidarse en el siglo XX¹¹, con la emisión de las declaraciones de derechos humanos y su reconocimiento progresivo en las Constituciones de los países.

¹¹ Sin que ello implique su total desarrollo, ya que los derechos humanos no son estáticos y surgen en la medida del avance tecnológico, cultural, económico, social del hombre.

El surgimiento del concepto de derechos humanos se produce con el paso a la modernidad. Aunque encontramos ideas de dignidad, libertad y igualdad en los autores clásicos, estas no se consolidaron de inmediato. Paulatinamente, como bien lo señala Martínez (2010), este proceso se desarrolló, y a partir del Renacimiento, bajo la influencia de la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo.

Este concepto se desarrolla en el iusnaturalismo, el cual se caracteriza por su carácter intrínseco, es decir aplicable al hombre por el solo hecho de serlo y, por su universalidad, por lo que son para todos los hombres. Por otro lado, tenemos el Derecho Positivo o iuspositivismo, caracterizado por su convencionalidad y aplicable a las personas ubicadas en un determinado territorio o país.

A. Dignidad

El derecho a la dignidad es un principio fundamental que reconoce el valor innato y el respeto que merece cada ser humano simplemente por ser persona, de modo que implica que todas las personas deben recibir un trato honroso, considerado y respetuoso en todas las áreas de la vida, independientemente de su origen, género, religión, raza o posición social. Esto abarca el derecho a estar protegido contra cualquier tipo de trato degradante, humillante o inhumano, con el objetivo de asegurar que las personas puedan vivir sin discriminación ni violencia. Más aún, la dignidad humana es el pilar sobre el cual se construyen todos los demás derechos humanos, ya que reconoce que

cada individuo posee un valor intrínseco y una igualdad inherente que deben ser preservados y fomentados en todas las circunstancias.

En atención a las corrientes ius naturalista y positivista, se colige que la dignidad cumple una doble función: en primer lugar, como cualidad intrínseca a toda persona, destaca su eminente valor, el trato preferente que le corresponde frente a todo lo demás; en segundo lugar, en armonía con ello y dada su fuerte carga valorativa, actúa como puente axiológico, como término de enlace entre el ser de la persona y el deber ser de los preceptos que se determinen o estipulen racionalmente para favorecer la realización de todas las dimensiones de la persona.

Conforme Bobbio (1993), a través de la voluntad racional, la dignidad se convierte en el valor más importante del cual surgen las normas esenciales para el completo crecimiento individual.

B. Igualdad

La igualdad como aspiración superior del hombre para su desarrollo dentro de una sociedad ha sido materia de arduo trabajo de filósofos, políticos, quienes de acuerdo a la época y el contexto esgrimieron el contenido de dicho derecho.

La igualdad es un valor para el hombre, no por el solo hecho de serlo, sino en cuanto pertenece a un determinado colectivo mayor, la humanidad; por lo que se debe de tener en consideración las relaciones que existen o que debieran de existir entre los

componentes de una determinada sociedad, a fin establecer las relaciones entre dichas partes.

Esgrimir un concepto nos presenta el problema de la indeterminación, porque considerar iguales a dos seres, sin ninguna otra consideración o parámetro, no presenta mayores resultados; por lo que a fin de superar dicha situación, nos debemos de preguntar según Bobbio (1993) “a) ¿Igualdad entre quienes?, y b) ¿Igualdad en qué?” (pág. 54)

Con respecto a la primera pregunta, debemos de recurrir a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el cual se indica, que la igualdad de los hombres, es en cuanto a su dignidad y derechos; siendo los derechos a los que se refiere, los contenidos en dicho instrumento internacional, el cual debido a su naturaleza y trascendencia constituye el marco de referencia normativo de los países.

La respuesta a la segunda cuestión, también la encontramos en el referido instrumento internacional, al señalar que la igualdad es entre todos; por lo que ubica a todos los seres humanos en la misma categoría. La igualdad entre los seres humanos respecto de los derechos fundamentales es el resultado de un proceso de gradual supresión de discriminaciones y, por consiguiente, de unificaciones de aquellos que se venía reconociendo como idéntico: una naturaleza común del hombre por encima de toda diferencia de sexo, raza, religión.

C. Libertad

La libertad comparte con la igualdad la dificultad de una consensuada definición; sin perjuicio de ello, podemos señalar lo que dice Bobbio (1993) la libertad es un atributo del ser humano, cuyo contenido está determinado por las actividades del hombre donde exprese su voluntad o acción.

A diferencia de la igualdad, la libertad es un atributo, bien o fin para la persona o para el ente colectivo que conforma (nación, Estado) considerándolos como un superindividuo, resaltándose su carácter individualista; mientras que la igualdad, se caracteriza por su carácter colectivo, en cuanto al hombre como miembro de una determinada clase, la humanidad, por lo que al existir una pluralidad de entes, se busca determinar la relación entre estos.

Dentro de las variadas concepciones de libertad, se aprecia 02 aspectos o formas relevantes: a) Libertad Negativa y b) Libertad Positiva.

La Libertad Negativa, se entiende como la facultad de una persona para obrar o no obrar sin que sea constreñido o impedido por otras personas. Conocida también como libertad como ausencia de impedimento o libertad como ausencia de constricción, siendo su nota característica la acción. En la libertad negativa, la acción u omisión no es impedida por terceros o fuerzas extrañas, por lo que puedo realizarla.

Mientras que la Libertad Positiva, es la facultad de una persona de dirigir su voluntad a un propósito; así como de tomar decisiones, sin

la injerencia de terceros. Esta forma de libertad también es llamada “autodeterminación” o “autonomía”, donde el aspecto relevante radica en la voluntad, al presentarse “la presencia de algo, a saber, de un atributo específico de mi voluntad, que es precisamente la capacidad de moverse hacia un objetivo sin ser movido” (Bobbio, 1993, pág. 101).

2.2.2 Derecho subjetivo

Resulta clave para la comprensión de los derechos humanos, el concepto de derecho subjetivo, tal como lo determina Moreno (2011) “sólo fue posible hablar de derechos humanos una vez que se consideró que el hombre, por el simple hecho de serlo, tiene una serie de prerrogativas naturales o derechos subjetivos que deben ser reconocidos, respetados y protegidos por el poder soberano” (p. 10). A lo largo de la historia, este concepto ha experimentado cambios significativos. Es importante destacar la distinción hecha por Hobbes entre "lex" como origen de obligaciones y "ius" como libertad de toda obligación para comprenderlo plenamente. Para el iusnaturalismo tradicional, la ley natural, estaba dirigida a los soberanos, quienes estaban obligados a gobernar bajo la observancia de ciertos principios morales supremos, mientras que los súbditos solo tenían el deber de acatar las órdenes del gobernante; correspondiéndole sólo a Dios exigir el cumplimiento de obligación, siendo el soberano responsable solo ante Dios y no ante el pueblo, por lo que dicha obligación consistía en ius imperfectum, una obligación que no cuenta con contraparte legitimada para exigir su satisfacción.

Luego, durante los conflictos bélicos de origen religioso, se desarrolló el argumento, que en caso el gobernante no cumpliera con la ley natural, correspondía al pueblo de forma individual o colectiva oponer el derecho de resistencia, por lo que la desobediencia civil es legítima. Convierte la obligación del soberano de imperfecta a perfecta, respondiendo en caso de incumplimiento ante los súbditos, a quienes se les atribuye derechos.

Posteriormente, los iusnaturalistas estudiaron el fundamento jurídico del deber del poder regio de cumplir con la ley natural, obteniendo como respuesta que ello se producía porque los súbditos contaban con el derecho de resistencia a la ley injusta, toda vez que una ley injusta vulneraba los derechos ya reconocidos de los súbditos, es decir que el deber del soberano tenía su correlato en el derecho de los súbditos.

2.2.3 Positivización de los derechos humanos

Son derechos fundamentales, aquellos que han sido reconocidos, como tales, en el ordenamiento jurídico de un determinado país. Es común, el uso del término derechos humanos como sinónimo de derechos fundamentales, ello debido a que, tal como lo señala Martínez (2010) “en el lenguaje ordinario el término derechos fundamentales, derechos humanos en la utilización más extendida, se usa en un sentido más amplio, incluyendo también aquellos supuestos en los cuales esos “derechos humanos” no están incorporados al Derecho positivo“ (p.2)

La positivización de los derechos humanos se refiere a la idea de que los derechos humanos no tienen una base moral o natural, sino que obtienen su validez exclusivamente de las leyes y acuerdos establecidos por los Estados y las organizaciones internacionales. En otras palabras, los derechos humanos son derechos porque están escritos en la ley.

En ese sentido, la positivización de los derechos humanos puede ser útil para garantizar su protección y aplicación efectiva en la práctica legal. Sin embargo, es esencial encontrar un equilibrio entre la positivización y el reconocimiento de que los derechos humanos que tienen una base moral que va más allá de las leyes escritas.

2.2.4 Derechos colectivos

Los derechos colectivos representan un elemento esencial en la búsqueda de la justicia y la igualdad en nuestras sociedades. Estos derechos reconocen la importancia de salvaguardar no solo los intereses individuales, sino también los intereses y aspiraciones de grupos, comunidades y culturas en su totalidad.

Según Castro (2020) en el Perú y Ecuador, los gobiernos, en cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, están impulsando legislaciones que reconocen los derechos colectivos de estas comunidades. Esto incluye la participación en procesos de consulta antes de tomar decisiones, la colaboración en la formulación y ejecución de planes de desarrollo orientados a proteger el medio ambiente.

En ese sentido, los derechos colectivos permiten a las comunidades indígenas, minorías étnicas, grupos religiosos y otros colectivos proteger y transmitir sus tradiciones, idiomas y patrimonio cultural a las generaciones futuras. Esto no solo enriquece nuestras sociedades, sino que también fomenta la tolerancia y la comprensión mutua entre diversos grupos.

2.2.5 Enfoque intercultural de los derechos humanos

De la revisión de los autores sobre derechos humanos¹², se aprecia que el concepto de derechos humanos, germinaron y se desarrollaron en Occidente, bajo una serie de concepciones liberales, propias de la cultura occidental. Según Pannikar (2022) a saber; que existe una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; que la naturaleza humana es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad; que el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que debe de ser defendida de la sociedad o del Estado; que la autonomía del individuo requiere que la sociedad sea organizada de una forma no jerárquica, como una suma de hombres libres.

Los conceptos modernos de derechos humanos han tenido en consideración la cultura y formas de sociedad predominantes en las etapas históricas en que surgen estos, como lo señalan los relativistas, en posición contraria a los universalistas que defienden el carácter universal de los derechos humanos.

¹² Entre los más relevantes tenemos a Santo Tomas de Aquino, Giannozzo Manetti, Hugo Grocio, David Hume, Inmanuel Kant, Federico Hegel, entre otros.

Para (de Sousa Santos, 2012), después de las guerras mundiales, las naciones capitalistas líderes han manipulado los derechos humanos en beneficio de sus intereses económicos y geopolíticos a través de lo que se denomina localismos globalizados. A pesar de esto, se reconoce su capacidad para liberar y se promueve un enfoque cosmopolita mediante el diálogo intercultural.

Para lograrlo, se propone superar el debate entre Universalismo y Relativismo, favoreciendo el diálogo intercultural en el primero y aplicando criterios procedimentales interculturales para abordar el segundo. Luego, en atención a que las culturas tienen una definición de dignidad, pero no todas la consideran un derecho fundamental, se debe buscar las aspiraciones o preocupaciones recurrentes entre ellas. El autor considera que las culturas tienen una concepción incompleta, ello debido a que no existe una sola cultura sino una pluralidad de ellas y que esta incompletitud es apreciable desde la perspectiva de otra cultura; por lo que para la elaboración de la concepción multicultural de derechos humanos esta incompletitud de las culturas debe de ser resaltada.

Se debe de apreciar la diferencia de las versiones de dignidad entre las culturas, donde algunas le asignan conceptos amplios, en otras varía el círculo de reciprocidad y otras son asequibles a las culturas que otras.

Por otro lado, la distribución de las personas y grupos sociales varía de acuerdo con cada cultura, en atención a la jerarquía entre entes iguales, en el mismo sentido la separación entre iguales y diferencias,

por lo que concluye que no todas las igualdades son idénticas ni todas las diferencias son desiguales.

Concluye, que los postulados del diálogo intercultural propuesto, permitirían encontrar una concepción que denomina mestiza de los derechos humanos sin falsos universalismos y bajo un repertorio de conceptos locales de mutua comprensión.

En ese sentido, la idea fundamental de reconocer que no existe una sola cultura, sino una diversidad de ellas es esencial. De manera que, valorar esta diversidad implica entender que cada cultura tiene una visión parcial, que solo se comprende por completo desde el punto de vista de otra cultura. Esta noción resalta la importancia de aceptar la incompletitud cultural y considerarla como un recurso valioso en la formación de una concepción multicultural de los derechos humanos. Por lo tanto, esta propuesta presenta un enfoque meticuloso y bien pensado para abordar la intersección entre los derechos humanos y la diversidad cultural.

2.3 Derecho a la libre determinación de los pueblos

El derecho a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, encontrándose las primeras normas internacionales específicas, en la carta fundacional de las Naciones Unidas, como principio fundacional y, en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, se proclama entre otros asuntos, que cualquier forma de subordinación de un pueblo o explotación extranjera es una negación a los derechos fundamentales y contraria a las normas de las Naciones Unidas y

que, "todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (Uni22)

La libre determinación de los pueblos como derecho de los pueblos está íntimamente ligado de forma histórica, con el principio de las nacionalidades, por lo que "todo estudio serio sobre la autodeterminación debe partir, como de su punto natural de arranque, de un análisis suficientemente amplio del principio de las nacionalidades" (Chalbaud, 1985, pág. 18)

2.3.1 Principio de las nacionalidades

Los Estados europeos de los siglos XVI, XVII Y XVIII, en gran parte monarquías, fueron regidos por un rey o un príncipe, quienes fueron consolidando política y territorialmente sus reinos, mediante la incorporación de territorios y pueblos, sea por conflictos bélicos, sucesión real y alianzas matrimoniales, por lo que dentro de dichos Estados albergaban pueblos o naciones con diversas lenguas y culturas.

La cohesión política alcanzada por cada Estado y la configuración territorial que pudo establecer a lo largo del tiempo dentro de ciertas fronteras fueron resultados poco probables de la historia. Los Estados europeos, surgieron principalmente como resultado de una creación artificial debido a la coincidencia fortuita de diversas circunstancias históricas que generaron un resultado político específico. El rey, quien se consideraba el dueño del reino, era el símbolo y único principio eficaz de unidad para el Estado, o comunidad política, formada por esta aglomeración indiscriminada y aleatoria de territorios y pueblos.

En una comunidad política, ya sea un reino o monarquía, a menudo había varios pueblos con lenguas y culturas diferentes, incorporados a lo largo de la historia debido a diversas circunstancias. Durante la Edad Media y la mayor parte de la Edad Moderna, estas comunidades, llamadas naciones, mantenían su propia lengua y costumbres legales y sociales. A diferencia de los Estados artificiales, estas naciones surgieron de manera espontánea en el espíritu humano.

Acorde con (Chalbaud, 1985), una lengua o cultura particular surge de la innata tendencia del ser humano hacia la convivencia, evolucionando de manera orgánica. Con el tiempo, comunidades se originan de la unión de familias en una ubicación específica, creando su lengua y normas. En la historia, a estas comunidades formadas de forma espontánea se les conoce como naciones.

Durante estas Edades, se produjo la convivencia de diversas comunidades culturales, con sus lenguas y costumbres diferentes al interior de una comunidad política, por lo que no se evidencia un vínculo necesario entre el concepto de comunidad política y el de comunidad cultural. Ello, debido a la diferencia de fines, entre dichos conceptos. Al respecto precisa Chalbaud (1985), la comunidad política responde a un planteamiento pragmático que busca la defensa del territorio contra la agresión exterior, o trata de alcanzar la viabilidad económica interior, o simplemente intenta satisfacer las ansias de poder o de ambición de los gobernantes. En cambio, la

comunidad cultural se produce espontáneamente como fruto del espíritu humano de sociabilidad y creatividad.

Son dos comunidades que, de acuerdo con sus fines, pueden tener ámbitos de dominio diferentes y, de hecho, los han tenido constantemente a lo largo de la historia. De ahí la existencia ampliamente prevalente en la sociedad internacional de nuestros días, del Estado multinacional y multilingüe” (pág. 21).

La Revolución Francesa de 1789 sacudió las estructuras políticas y sociales de la Europa del Siglo XVIII, adoptando el modelo republicano por el cual el pueblo debía de ejercer su forma de gobierno. En esta etapa de la historia, se debe tomar en cuenta que los revolucionarios mediante “Decreto de 22 de mayo de 1790¹³ proclamaron el principio de libre determinación de los pueblos sobre bases filosóficas y sociológicas, consagrando a la consulta popular como modo de manifestación de la voluntad” (Clément, 2019, pág. 4) Agrega (Clément, 2019), que bajo la vigencia de dicho decreto, se produjeron la anexión a Francia de los condados de Venaissin y Avignon (1791), Saboya (1792) Mulhouse, Heintat y Renania (1792).

2.3.2 Autodeterminación o libre determinación de los pueblos

La autodeterminación de los pueblos representa un principio fundamental que encarna la esencia misma de la democracia y la justicia en el ámbito internacional. Así, este derecho es esencial para

¹³ Decreto de la Asamblea Nacional sobre el derecho a la guerra. 22 de mayo de 1790.

empoderar a las comunidades y naciones, otorgándoles la capacidad de tomar decisiones que inciden directamente en sus vidas y culturas. Al asegurar que las poblaciones tengan voz en la determinación de su propio destino, se promueve la igualdad y se reduce la probabilidad de conflictos basados en la opresión y la falta de representación.

En esa línea, la autodeterminación de los pueblos debe ser promovida y defendida como un medio para conservar la diversidad cultural y fomentar la activa participación de las comunidades en la construcción de un mundo caracterizado por la justicia y la equidad. Sin embargo, los términos autodeterminación y libre determinación son empleados como sinónimos, si bien presentan similitudes en sus orígenes, presentan diferencias sustanciales.

El término autodeterminación reapareció durante la Primer Guerra Mundial cuando los movimientos nacionalistas desempolvaron la expresión alemana "Selbstbestimmungsrecht" (...). El principio, nacido formalmente en la Revolución Francesa, se conformó durante la Primera Guerra Mundial bajo una faceta particular: como principio de las nacionalidades.

El derecho a la libre determinación de los pueblos, registra sus antecedentes en las postrimerías de la I Guerra Mundial, como una forma de protección a los grupos minoritarios ubicados en los países que participaron en dicho conflicto bélico. El presidente norteamericano Woodrow Wilson, el 12 de febrero de 1918, planteo 14 principios¹⁴, como un llamado a los países en conflicto para que

¹⁴ Acto realizado durante su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos.

cesen las hostilidades y procedieran a la reconstrucción de sus países.

En la Carta de las Naciones Unidas de 1945, es reconocida como principio en su artículo 1.2, señalando que uno de los propósitos de dicho organismo internacional es el fomento de las relaciones de amistad basadas en el respeto del principio de la igualdad de derecho y al de libre determinación de los pueblos, entre las naciones. Mientras que en el inciso 3 del artículo 55, de dicho instrumento internacional señala, que para el cumplimiento del referido principio, promoverá "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades" (Organización de las Naciones Unidas, 1945)

Así, la Carta de las Naciones Unidas, escrita en 1945 después de la Segunda Guerra Mundial, demuestra un compromiso fundamental con la promoción de la paz, la igualdad y los derechos humanos a nivel mundial. El artículo 1.2, al mencionar la promoción de relaciones amistosas basadas en el respeto por la igualdad de derechos y la autodeterminación de las naciones, establece los cimientos para una convivencia internacional más justa y equitativa. Esto significa que, en teoría, todos los países, independientemente de su tamaño o poder, deben ser tratados de manera equitativa y tener la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre su destino.

Por otro lado, el tercer inciso del artículo 55 refleja el compromiso de las Naciones Unidas de asegurar que todas las personas, sin importar

quiénes sean o dónde vivan, disfruten de sus derechos y libertades básicas. Este principio es esencial para construir un mundo más justo y equitativo, donde cada individuo tenga la oportunidad de desarrollarse plenamente. Sin embargo, es relevante recordar que la implementación de estos principios en la práctica puede ser un desafío, dado que existen diversas tensiones y conflictos globales que a veces dificultan su aplicación efectiva.

Así, es relevante lo señalado por Flórez (2003), nos dice que es posible identificar dos facetas fundamentales en el concepto del derecho a la autodeterminación: una de carácter externo, que implica la capacidad de definir el estatus político y económico en el ámbito internacional; y otra de carácter interno, que abarca la facultad de definir el sistema político y social. La unión de estos dos componentes conforma el contenido esencial del derecho a la autodeterminación. Es decir, estos dos aspectos, en el derecho a la autodeterminación, implica que las naciones y comunidades tienen la libertad de trazar su propio camino, tanto en términos de sus relaciones con otros países como en la organización de sus estructuras internas.

Sin embargo, esta libertad va de la mano con la responsabilidad de garantizar que estas decisiones se tomen con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales de sus ciudadanos y de la comunidad global en su conjunto. Por lo tanto, el derecho a la autodeterminación es un principio fundamental en el derecho internacional que reconoce la importancia de la autonomía y la diversidad en un mundo interconectado, siempre y cuando se ejerza

de manera responsable y se respeten los derechos humanos universales.

Asimismo, un punto importante que considera Flórez (2003) es que la restricción que se ha instaurado en relación con la inviolabilidad territorial no puede ser total. Además, el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos tampoco puede ser ilimitado. Sería más adecuado que las Naciones Unidas establecieran una entidad especial a la cual se presentarían las demandas de libre determinación. En este contexto, dicho organismo recopilaría toda la información relevante de las partes involucradas y, basándose exclusivamente en argumentos legales, presentaría una evaluación a la Asamblea General, la cual tomaría las medidas pertinentes para reconocer o rechazar el derecho a la libre determinación.

Es decir, el reconocer que la intangibilidad territorial no puede ser una regla inquebrantable, sino un paso importante hacia la adaptación del derecho internacional a las realidades cambiantes del mundo. Sin embargo, también es esencial reconocer que el ejercicio de la libre determinación debe estar sujeto a ciertos límites para evitar abusos y conflictos. Por eso, la propuesta de un organismo especial para mediar en estas cuestiones podría brindar un enfoque más objetivo y equitativo para evaluar las reclamaciones de libre determinación. Sin lugar a dudas, esto podría contribuir a una mayor legitimidad y aceptación de las decisiones tomadas en relación con la libre determinación.

Por último, se debe tener en cuenta los puntos que señala Colaço (2017)

1. Reconocer el valor del pluralismo jurídico y la interculturalidad para preservar la cultura indígena.
2. Garantizar la autodeterminación para que los pueblos indígenas puedan tener autonomía en su autogobierno, cultura, instituciones, idioma, territorios y recursos naturales. También, asegurar igualdad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.
3. Establecer claramente los límites de la jurisdicción indígena y cómo se aplica a los miembros de los pueblos indígenas.
4. Promover el debate intercultural sobre cómo la justicia indígena se relaciona con las leyes nacionales, la Constitución y el derecho internacional en lo que respecta a los derechos humanos. (pág 255-256).

En conjunto, estas medidas representan un avance en el reconocimiento de la diversidad cultural y la igualdad de derechos en nuestras sociedades. Asimismo, la armonización de diferentes sistemas legales y la protección de las identidades culturales son esenciales para construir un mundo más inclusivo y respetuoso de los derechos de todos. Por lo tanto, reconocer la autonomía de los pueblos indígenas para gestionar sus asuntos internos, incluyendo su

sistema de justicia y gobierno, es un paso importante hacia la igualdad y la apreciación de la diversidad cultural.

2.3.3 Tratados internacionales sobre libre determinación de los pueblos indígenas

Los tratados internacionales ejercen una influencia considerable como fuente de derecho, tanto a nivel global como nacional. En primer lugar, los tratados internacionales son acuerdos formalmente negociados y ratificados por Estados soberanos. Al hacerlo, los Estados se comprometen a cumplir las disposiciones y obligaciones establecidas en estos tratados. Por lo tanto, es natural que tengan una fuerte influencia como fuente de derecho.

Más aún, los tratados internacionales a menudo abordan cuestiones de importancia global, como los derechos humanos, el medio ambiente, el comercio y la paz y seguridad internacionales. Es importante señalar que la aplicación y el impacto de los tratados pueden variar según el país y el tratado en cuestión. Algunos Estados pueden tener procesos más efectivos para incorporar las disposiciones de los tratados en su derecho interno que otros, y la implementación puede ser objeto de debate y litigios en algunos casos.

Como los siguientes casos:

La Carta de las Naciones Unidas, suscrita el 26 de junio de 1945 al término de la Conferencia de las Naciones Unidas, constituye un primer intento para el reconocimiento de los

derechos humanos a nivel internacional, estableciendo como propósito de dicho ente internacional, el respeto de los derechos humanos y, entre otros, el de libre determinación de los pueblos. (Carta de las Naciones Unidas, 1945)

Luego, por Resolución 1514 de las Naciones Unidas, (Declaración Sobre Descolonización de 1960), aprobada el 14 de diciembre de 1960, instrumento internacional en el cual se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos dependientes. (Uni22).

Estos pactos son dos de los documentos más importantes en el ámbito de los derechos humanos a nivel internacional. Entonces, la Carta de las Naciones Unidas, firmada en 1945 al concluir la Conferencia de las Naciones Unidas, marcó un hito importante en la historia de los derechos humanos a nivel internacional ya que representó un primer paso en el reconocimiento de que cada individuo y comunidad tiene el derecho de tomar decisiones autónomas sobre su destino y la forma en que se gobiernan.

Posteriormente, en 1960, la Resolución 1514 de las Naciones Unidas, conocida como la "Declaración sobre Descolonización", constituyó un avance significativo, en vista a que enfatizó la importancia de poner fin al colonialismo y permitir que los pueblos colonizados ejerzan su autodeterminación, tomando decisiones sobre su futuro sin interferencia externa.

En conjunto, estos documentos internacionales reflejan un compromiso continuo de la comunidad global con la promoción de los derechos humanos y la autonomía de los pueblos.

El Pacto de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto de derechos civiles y políticos, aprobados ambos por la Asamblea de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establecen, de forma similar en el artículo 1 de sus respectivos textos, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de todos los pueblos, en virtud del cual pueden libremente establecer su estatus político y procurar su avance económico, social y cultural. Asimismo, reconoce que los pueblos pueden disponer sin condición alguna de sus bienes económicos y recursos naturales, por lo que no pueden ser privados de sus medios de supervivencia, encomendando a los Estados la promoción de dicho derecho con respeto a las normas de la Carta de las Naciones Unidas.

Asimismo, conforme a Guerrero Zuma (2021)

En el año 1991, se fundó la Organización de Naciones y Pueblos No Representados, conformada en su mayoría por pueblos indígenas, y territorios ocupados o no soberanos; cuya finalidad es la lucha contra la violencia, la defensa de la democracia, la autodeterminación, el medio ambiente, y los derechos humanos; en la actualidad consta como miembro de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

(pág. 14)

Este grupo, en su mayoría compuesto por pueblos indígenas y territorios que no tienen representación formal en el ámbito internacional, juega un papel fundamental en la promoción de valores esenciales como la democracia, la autodeterminación y la protección del medio ambiente. Entonces, el compromiso de la UNPO en la lucha contra la violencia y la defensa de los derechos humanos es admirable, ya que brinda una voz vital a aquellos que a menudo son pasados por alto o excluidos en la escena internacional. Más aún, la inclusión de la UNPO como miembro de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas subraya la importancia de su trabajo en la promoción y protección de los derechos fundamentales en todo el mundo.

De esta manera, los tratados pueden influir en la creación y modificación de leyes en el ámbito nacional, demostrando así su influencia como fuente de derecho. Lo anterior, enfatiza la importancia de escuchar y reconocer a las comunidades que a menudo han sido marginadas en las decisiones que afectan sus vidas. Por lo tanto, se recuerda que todos los pueblos y territorios merecen un lugar en las conversaciones globales.

2.4 Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas

2.4.1 Denominación de pueblos indígenas

Definir a los pueblos indígenas, no es una tarea sencilla, ya que no se cuenta con consenso académico y/o jurídico al respecto; siendo necesario recurrir al documento internacional con mayor aceptación

jurídica, nos referimos al Convenio 169 OIT, “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

En dicho tratado internacional, se manifiesta que los pueblos en países independientes, son considerados indígenas, aquellos cuyos ancestros fueron los grupos humanos que ocupaban una determinada área geográfica o país durante la ocupación extranjera, sea por conquista o colonización, o durante la delimitación de sus actuales límites fronterizos y, que sin perjuicio de su relación con el ordenamiento jurídico conserva toda o gran parte de sus costumbres sociales, económicas, culturales y políticas. (Organización Internacional del Trabajo, 1989)

Es decir, el Convenio 169 de la OIT, representa un importante avance en el reconocimiento y la salvaguardia de los derechos de las comunidades indígenas en todo el mundo. Así, la definición reconoce la profunda conexión histórica que estas comunidades tienen con sus tierras ancestrales. Además, el convenio enfatiza que, a pesar de cualquier relación con el sistema legal del país en el que residen, estas comunidades indígenas conservan una parte significativa de sus prácticas sociales, económicas, culturales y políticas tradicionales. Esta preservación de la identidad cultural y la herencia ancestral es esencial para el bienestar y la autodeterminación de estas comunidades.

En la misma línea, autores como Aylwin, Meza Lopehandía, & Yáñez (2013), consideran que el Convenio no ofrece una definición precisa de los pueblos indígenas, pero describe sus características

socioculturales y su historia. Según esta descripción, se considera indígena a aquellos que tienen modos de vida tradicionales distintos de otros grupos y conservan al menos parcialmente sus propias instituciones sociales, culturales, económicas o políticas. Además, deben descender de poblaciones que vivían en la región antes de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales del país. Este elemento histórico se relaciona con la autoidentificación de las comunidades como indígenas.

En otras palabras, la falta de una definición estricta de pueblos indígenas en el convenio tiene sus ventajas, ya que reconoce la diversidad y complejidad de estas comunidades en todo el mundo. Esto es relevante porque los pueblos indígenas pueden variar significativamente en sus formas de vida, tradiciones y circunstancias históricas, y esta flexibilidad en la definición hace que el tratado sea aplicable en diversas situaciones. No obstante, es esencial tener en cuenta que la autoidentificación de las comunidades como indígenas también desempeña un papel fundamental en esta definición. Esto permite que las comunidades mismas tengan influencia en su identidad y en la implementación de los derechos establecidos en el convenio.

A pesar de todo, el Convenio 169 OIT, es un recordatorio de la necesidad de respetar y proteger la diversidad cultural y los derechos de las comunidades indígenas en un mundo en constante cambio. En un mundo cada vez más globalizado, donde las culturas indígenas a menudo enfrentan desafíos relacionados con la asimilación y la

pérdida de sus tierras, el Convenio 169 OIT representa un compromiso importante para proteger y preservar la diversidad cultural y los derechos de estas comunidades. Promueve un enfoque de respeto y colaboración entre los gobiernos y los pueblos indígenas, ya que reconoce la importancia de mantener vivas las tradiciones y la identidad de estas comunidades en un entorno en constante cambio.

2.4.2 Convenio 169 OIT

El Convenio 169 OIT, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989; constituye la respuesta internacional para la protección de dichos pueblos, siendo el instrumento de referencia sobre la materia, el cual establece principios y normas a favor de las comunidades indígenas (Organización Internacional del Trabajo, 1989)

De esta manera, su génesis se encuentra en el creciente reconocimiento a nivel internacional de la necesidad de proteger los derechos y la dignidad de las comunidades indígenas y tribales, que históricamente habían sufrido marginación y opresión. Lo que hace que el Convenio 169 sea especialmente significativo es su enfoque innovador y progresista para abordar las inquietudes de estos grupos. Este acuerdo internacional reconoce y defiende una amplia gama de derechos, que abarcan desde el derecho a la determinación hasta la participación en decisiones que les afectan directamente, el respeto por sus culturas y tradiciones, y la protección de sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales. Por consiguiente, se podría decir que es un instrumento legal fundamental que refleja el compromiso global

de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Cabe resaltar que su origen fue principalmente por la conciencia internacional sobre la justicia social, la diversidad cultural, la protección de los derechos de estos grupos y sobre todo, el respeto de los derechos humanos a nivel mundial.

Incluso, establece un marco para impulsar el desarrollo sostenible de estas comunidades, teniendo en cuenta sus necesidades y aspiraciones específicas. Por lo tanto, promueve la igualdad y la justicia para los pueblos indígenas. Según Mereminskaya (2011) El Convenio 169 emplea un concepto amplio de los “pueblos indígenas y tribales”, que combina elementos objetivos socioculturales con aquellos subjetivos de autoidentificación. Conforme con dicha definición, el número de países que cuentan con poblaciones de esas características es elevado. No obstante, tan sólo veinte países han ratificado el Convenio 169, lo cual podría entenderse como una señal de falta de apoyo internacional a los conceptos que consagra. (pág. 270)

En ese sentido, la adopción del Convenio 169 de la OIT representa un paso crucial hacia el reconocimiento y salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo. La amplitud del término "pueblos indígenas y tribales" subraya la diversidad y la riqueza cultural de estas comunidades en diferentes partes del planeta. A pesar de la relevancia global de este concepto, solo veinte países han ratificado el Convenio 169. Esta estadística plantea preguntas sobre el respaldo internacional a los principios que

este convenio busca proteger. Así, la falta de apoyo podría deberse, en parte, a la falta de comprensión sobre la importancia de los derechos indígenas en algunos países. Por lo tanto, la educación y la sensibilización son esenciales para fomentar un mayor apoyo a nivel mundial. Además, las diferencias culturales y las políticas internas de cada país también pueden influir en esta disparidad.

Por supuesto, ha servido como un modelo para la creación de leyes y políticas nacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas en diferentes países. En síntesis, es vital que la comunidad global colabore para concienciar sobre los derechos indígenas y alentar a más países a ratificar el Convenio 169. Esto no solo requiere la acción de los gobiernos, sino también de organizaciones internacionales, ONGs y ciudadanos conscientes en todo el mundo. Así, solo mediante la comprensión mutua y el respeto por la diversidad cultural podremos avanzar hacia un mundo donde los derechos de todos los pueblos, incluidos los indígenas y tribales, sean auténticamente respetados y protegidos.

2.4.3 Otras normas a nivel internacional

El Convenio sobre la Diversidad Biológica de fecha 05 de junio de 1992, promovido por las Naciones Unidas durante la Cumbre de la Tierra, donde se reconoce el vínculo ancestral entre las poblaciones indígenas con sus territorios y su saber ancestral (Convención sobre la Diversidad Biológica, 1992).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007; constituye un avance significativo en materia de los derechos de los pueblos indígenas, ya que contiene un pormenorizado listado de los derechos de los pueblos indígenas. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007)

Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José, aprobado el 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia especializada de Derechos Humanos, instrumento regional que establece el deber de los Estados miembros de respetar los derechos humanos reconocidos en dicho instrumento; así como, el deber de los Estados parte de adecuar su ordenamiento interno para el ejercicio efectivo de ellos.

Por otro lado, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación a fin de que determinen su condición política y procuren su bienestar económico, social y cultural. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

2.4.4 Normas a nivel nacional

En nuestro país, luego de la aprobación del Convenio 169-OIT, se siguió el trámite establecido por el artículo 56 de la Constitución Política del Perú, por lo que una vez ratificado forma parte del derecho nacional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la carta magna. Mientras que la Cuarta Disposición Final y Transitoria, señala que los derechos y libertades que la Constitución reconoce deben de

ser interpretados, entre otros, de acuerdo a los derechos reconocidos en el Convenio 169 OIT.

El Estado Peruano en cumplimiento de las obligaciones provenientes del Convenio 169-OIT, promulgo la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de setiembre de 2011.

El objeto de dicha disposición legal es normar el derecho a la consulta previa, desarrollando su contenido, los principios y el procedimiento aplicable a ella, con respecto a las medidas legislativas o administrativas que directamente afecten a los pueblos indígenas u originarios (Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011).

2.4.5 Jurisprudencia nacional

En materia jurisdiccional constitucional nacional, el Tribunal Constitucional, en su calidad de órgano de control de la Constitución¹⁵ ha conocido y resuelto procesos constitucionales sobre derechos de los pueblos indígenas, entre ellos:

A. STC 03343-2007-PA/TC

En el proceso constitucional de amparo, interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson contra el Occidental Petrolera del Perú y otros,

¹⁵ De acuerdo a lo establecido en el artículo 201 de la Constitución Política del Perú.

con fecha 19 de febrero de 2009. La finalidad de esta solicitud de amparo es detener las acciones relacionadas con la exploración y posible explotación de recursos de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera. Así, se argumenta que esta situación representa una amenaza para su derecho constitucional a disfrutar de un entorno equilibrado y apropiado. En este sentido, se llevará a cabo un análisis para determinar si realmente existe una amenaza o incluso una afectación a este derecho constitucional, evaluando si las actividades realizadas por las partes involucradas tienen un impacto negativo en el ecosistema de la Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. El Tribunal Constitucional en el fundamento 32, de la citada sentencia, destaca que se reconocen diferencias legales entre grupos étnicos, teniendo en cuenta sus perspectivas culturales y su comprensión del entorno. En este sentido, nos dice que es esencial proporcionar una protección adaptada a su contexto y requisitos específicos. Así, nos transmite un ejemplo, el cual consiste en la relación entre los pueblos indígenas y la tierra que vendría a ser una expresión única de sus identidades, por lo tanto, el artículo 13 del Convenio 169 establece que, en el caso de los pueblos indígenas, el término "tierras" abarca el concepto de "territorio", ya que la comunidad considera su territorio más allá de una simple propiedad material, incluyendo un componente espiritual y cultural arraigado en la tierra.

De esta manera, el Tribunal Constitucional resalta que por la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de nuestro país a

través de la Resolución Legislativa N° 26253, este se incorpora al cuerpo legal nacional, enriqueciendo y brindando una interpretación complementaria a las disposiciones constitucionales relacionadas con las comunidades indígenas.

B. STC 0022-2009-PI/TC

En el proceso legal instigado por Gonzalo Tuanama Tuanama en nombre de 5000 ciudadanos, se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, ya que este decreto regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales y fue publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

La principal razón de la demanda de inconstitucionalidad es que la normativa cuestionada carece de constitucionalidad debido a la falta de una consulta previa a los pueblos indígenas conforme a los requisitos exigidos por el Convenio N.º 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI).

Se resalta de lo expresado por el TC, en su fundamento 3, que el artículo 2, inciso 2, de la Constitución implica el reconocimiento de la tolerancia hacia la diversidad como un valor fundamental dentro del texto constitucional. Esto debe entenderse como un ideal que la sociedad peruana aspira a alcanzar. En este sentido, el tribunal resalta que las personas no pueden ser discriminadas de manera arbitraria, lo que significa que no deben sufrir perjuicios injustificados

debido a factores como su opinión, religión o idioma, entre otros. Además, cualquier intento de imponer una homogeneidad que no respete ni amenace las particularidades de las personas que son identificables en función de criterios constitucionales relevantes debe ser eliminado. Así, nos ofrece una perspectiva pluralista que proteja las distintas formas de percibir y actuar en la realidad.

Asimismo, El proceso legal se llevó a cabo de acuerdo con las leyes pertinentes, y en su fallo, el Tribunal Constitucional declaró que, en lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es una norma que posee un carácter de *soft law*¹⁶, lo que significa que no impone obligaciones vinculantes al Estado peruano.

Por consiguiente, el TC no sólo hace uso de la constitución, sino de los instrumentos internacionales, de modo que se reconoce la igualdad y la prohibición de la discriminación, sin importar factores como la opinión, religión o idioma, está transmitiendo un mensaje poderoso de inclusión y respeto por la singularidad de cada individuo. Esto no solo es una cuestión de justicia, sino también de construir una sociedad más fuerte y unida.

C. STC 05427-2009-PC/TC

La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) interpone recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la

¹⁶ Le reconoce una fuerza moral y de guía para la comunidad internacional hacia el respeto y la protección de los pueblos indígenas, al desarrollar los derechos humanos en el ámbito de los pueblos indígenas.

Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaro Improcedente la demanda¹⁷. El Tribunal Constitucional en la resolución de fondo, de fecha 30 de junio de 2010, reconoce que el Convenio N.º 169 OIT "vincula a todos los poderes públicos y no solo al legislador, y; ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asigna responsabilidad al Ministerio demandado (Tribunal Constitucional del Perú, AIDSEEP contra Ministerio de Energía y Minas, 2010, STC 05427-2009, fundamento 26) y estableciendo que se ha producido una inconstitucionalidad por omisión al transcurrir más de 15 años sin que haya reglamentado el derecho a la consulta previa.

Sin lugar a dudas, el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de que el Convenio N.º 169 de la OIT se aplica a todos los poderes públicos, no solo al legislador, es un avance importante en la protección de los derechos de las comunidades indígenas. Sin embargo, el hecho de que se haya determinado una inconstitucionalidad por omisión debido a la falta de regulación del derecho a la consulta previa durante más de 15 años señala claramente un sistema legal y gubernamental que ha incumplido sus obligaciones fundamentales hacia las comunidades indígenas. Esto equivale a una violación de los derechos fundamentales de estas comunidades, que a menudo sufren un impacto desproporcionado

¹⁷ AIDSEEP con fecha 03 de agosto de 2007 interpuso demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que de cumplimiento al Convenio N° 169 de la OIT y que, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional.

debido a proyectos de desarrollo, minería y otras actividades económicas.

En ese sentido, la falta de regulación adecuada y la ausencia de una consulta previa apropiada socavan la dignidad y los derechos de las comunidades indígenas, lo que puede tener consecuencias graves para su bienestar y su relación con el Estado. Por lo tanto, es relevante garantizar el respeto y la protección de los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo con los estándares internacionales y la Constitución.

D. Expediente 1126-2011-HC/TC

Doña Juana Griselda Payaba Cachique interpone demanda de Habeas Corpus en su propio nombre y en representación de los miembros de la Comunidad Nativa Tres Islas. Esta demanda se dirige contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú en Tambopata, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa en Tambopata y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Madre de Dios. La razón de esta acción legal es que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público han desconocido la decisión jurisdiccional indígena de controlar el acceso de personas ajenas al territorio comunal. Además, se suma a esto el hecho de que la Policía Nacional del Perú la está citando y el Ministerio Público la está investigando por ejercer la función jurisdiccional indígena.

La referida sentencia constitucional, desarrolla el multiculturalismo en el fundamento 13, en el cual se puede ser entendido de dos formas:

“como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales” (Tribunal Constitucional del Perú, 2012).

Así, el concepto de otorgar derechos especiales a minorías en función de sus aspectos culturales es un tema que suscita debates complejos a nivel global. Asimismo, la protección de la diversidad cultural y la preservación de las identidades de las minorías son objetivos valiosos. Uno de los principales reto es definir con precisión qué grupos constituyen esas minorías elegibles para estos derechos especiales. Por lo tanto, la delimitación de estos colectivos puede ser subjetiva y, en ciertos casos, dar lugar a exclusiones injustas o divisiones innecesarias en la sociedad.

Como consecuencia del entendimiento y ejercicio de la multiculturalidad, se reconoce la tolerancia a la diversidad, la cual tiene como sustento el derecho a la igualdad contenido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución. Así, el TC señala en el fundamento 14, que “la tolerancia a la diversidad contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contra mayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado. (Tribunal Constitucional del Perú, 2012)

En ese sentido, aunque la tolerancia a la diversidad es crucial, su aplicación no puede permitir la vulneración de derechos

fundamentales o socavar la justicia. Por lo tanto, se debe encontrar el equilibrio adecuado entre la tolerancia y la protección de los derechos es esencial para construir una sociedad justa y equitativa.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 22, con respecto a los pueblos indígenas, hace una distinción entre tierra y territorio, tomando como base el Convenio 169 de la OIT¹⁸, indicando que el primero de ellos tiene una naturaleza civil o patrimonial, mientras que la segunda tiene una dimensión política de autonomía de autogobierno; siendo esta dimensión política del concepto de territorio aplicable a la realidad de los pueblos indígenas, quienes son herederos de las poblaciones víctimas de la conquista y colonización y que mantienen total o parcialmente sus tradiciones ancestrales sociales, culturales, políticas, económicas. (Tribunal Constitucional del Perú, 2012)

Así, es importante reconocer que esta distinción es fundamental para comprender las complejidades de las luchas de los pueblos indígenas por sus derechos. La tierra, considerada como un bien civil o patrimonial, puede entenderse simplemente como una propiedad, mientras que el territorio abarca una dimensión política más amplia relacionada con la autonomía y el autogobierno. De manera que, se destaca la importancia de no solo considerar la propiedad de la tierra, sino también la capacidad de los pueblos indígenas para tomar decisiones y controlar su futuro en sus territorios.

¹⁸ Específicamente el artículo 13, donde se indica que la utilización del término tierras debe de incluir el concepto de territorio.

En esa línea, la autonomía y el autogobierno son conceptos poderosos para abordar dicho tema. Además, es esencial recordar que las realidades y necesidades de los pueblos indígenas pueden variar significativamente. Algunos pueden estar más centrados en sus tradiciones ancestrales que otros, y las soluciones políticas deben ser apropiadas para la situación específica de cada comunidad.

E. STC 03066-2019-PA/TC

Los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, varían la línea jurisprudencial, sobre derechos de los pueblos indígenas, en la STC 03066-2019-PA/TC, de fecha 20 de enero de 2022, en relación al derecho a la consulta previa, se argumentó lo siguiente:

3. Sin embargo, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.

4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional. (Tribunal Constitucional del Perú, Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara, STC 0366-2019-PA/TC, 2022, fundamentos 3-4)

Como antecedente de la STC 0366-2019-PA/TC, tenemos el voto singular planteado por el magistrado Sardón de Taboada, quien sobre el Convenio 169, manifestó lo siguiente:

Para que el Convenio 169 de la OIT hubiese agregado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional. No puede aceptarse la incorporación de derechos fundamentales a la Constitución de otra manera.

La Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan necesariamente rango constitucional. Tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4; los artículos 56 y 57; y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria. (Tribunal Constitucional del Perú, Federación de la Nacionalidad Ahuar del Perú contra Gobierno Regional de Loreto, Perúpetro y Ministerio de Cultura, Exp. 1171-2019-PA/TC, 2021, párrafos 8-9).

Es decir, la postura del magistrado Sardón de Taboada se centra en la idea de que para que un tratado, incluso uno tan importante como el Convenio 169 de la OIT, se considere un derecho fundamental constitucional, debe seguir el procedimiento formal de reforma constitucional. En su análisis, simplemente ratificar un tratado internacional no debería automáticamente elevar su estatus a constitucional. Según su interpretación, la Constitución peruana no estipula que los tratados de derechos humanos deban tener rango constitucional; en su lugar, se les otorga un estatus legal específico.

Esta reflexión no solo es jurídica, sino también filosófica y política. Implica considerar cómo una nación valora y protege los derechos humanos, y cómo encuentra el equilibrio entre las normativas internacionales y su propia estructura legal y cultural. Así, la decisión sobre el estatus del Convenio 169 en la Constitución peruana no solo es una cuestión legal; representa las complejidades inherentes a la intersección entre el derecho internacional, la soberanía nacional y los derechos fundamentales. Por lo tanto, este debate resalta la importancia de un diálogo continuo y cuidadoso para encontrar un equilibrio que asegure una protección adecuada de los derechos humanos en un contexto constitucional en constante cambio y desarrollo.

2.4.6. Jurisprudencia internacional

La posición de la Corte Interamericana subraya que respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas no es solo un tema de justicia, sino una inversión en la construcción de sociedades más inclusivas y equitativas. En ese sentido, “para la Corte Interamericana los pueblos indígenas son estructuras socioculturales que poseen derechos como colectivos de orden político, económico, cultural y territorial que deben ser garantizados y respetados por los Estados” (Pineda, 2019, pág. 26) Es decir, la postura de la Corte Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas marca un hito crucial en la defensa de comunidades históricamente marginadas, al reconocer a los pueblos

indígenas. Así, dicho enfoque subraya la singularidad de los pueblos indígenas, sus valiosas culturas y su profunda conexión con sus tierras ancestrales.

Por lo tanto, los Estados deben respetar y defender estos derechos colectivos, lo que significa no sólo la no interferencia en sus asuntos internos, sino también tomar medidas para garantizar su acceso a servicios básicos, oportunidades económicas y participación en las decisiones que los afectan. Además, también se enfatiza que los derechos individuales de los pueblos aborígenes no deben comprometer sus derechos colectivos, preservando así su identidad cultural y territorial y enriqueciendo la diversidad de nuestra sociedad. En la misma línea, de acuerdo con Marín, Vela, & Mendoza (2016) el reconocimiento del derecho a la libre determinación para los grupos originarios generó preocupación en la comunidad internacional, por cuanto tal derecho podría ser interpretado como un aval a demandas de independencia por parte de estos pueblos. La ONU da entonces respuesta a esta creciente preocupación, estableciendo una cláusula de interpretación en virtud de la cual el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no va dirigido a quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes, encontrando un punto intermedio entre las pretensiones e intereses de unos y otros. (pág 71)

Así, se establece un equilibrio entre las aspiraciones de los grupos indígenas y la estabilidad de los Estados. Entonces, es esencial encontrar un punto medio que permita a los pueblos indígenas ejercer

su derecho a la libre determinación sin amenazar la cohesión de los Estados. Dicha cláusula establecida por la ONU proporciona orientación para garantizar que este derecho se ejerza de manera compatible con el sistema de naciones soberanas.

Por supuesto, este enfoque equilibrado promueve la cooperación y el entendimiento entre los grupos indígenas y los Estados, sin poner en riesgo la paz y la estabilidad internacional. La clave está en el diálogo y la búsqueda de soluciones mutuamente beneficiosas.

Según Vargas Chaves (2023)

Se entiende por lo tanto que el reconocimiento de la autonomía es necesario para decidir sobre su presente y futuro, en lo territorial, lo cultural, lo económico y, en general, todo lo propio. Esto se complementa con lo previsto por el Convenio 169 de la OIT que consagra el deber de reconocimiento de las aspiraciones de estos pueblos, desde la necesidad de asumir el control de su modo de vida sus instituciones, y procesos de toma de decisiones. (pág. 144)

En otras palabras, la autonomía no es sólo un concepto abstracto, sino un medio práctico para que los aborígenes tomen control de sus vidas y forjen su identidad cultural. Este enfoque refleja un compromiso con la diversidad cultural y promueve la equidad al permitir que estas comunidades administren sus propios asuntos internos y participen activamente en las decisiones que les afectan. Vale la pena señalar que esto no destruye la unidad del país, sino que fortalece la convivencia y la cooperación de diferentes comunidades.

De acuerdo con Vargas Chaves (2023)

La autonomía va de la mano con el derecho propio que ejercen sobre su territorio y su modo de vida. Pero más allá de esto, se encuentra un elemento que los cohesiona, que es la convivencia, Toda decisión que se toma, yace en el interés de la colectividad, en sus usos, costumbres y cosmovisión; sin intervención alguna del aparato estatal, consolidándose de este modo en un legítimo proceso de autorregulación. (pág. 147)

Es decir, la autonomía se relaciona estrechamente con el control que los pueblos indígenas ejercen sobre su territorio y su estilo de vida. Sin embargo, lo que los une es la convivencia. Cada decisión que toman se basa en el interés colectivo, sus tradiciones y su visión del mundo, sin intervención gubernamental. Esto se convierte en un proceso legítimo de autorregulación.

Así, la autonomía no se trata sólo de la toma de decisiones interna; también refleja su profunda conexión con su país y su cultura. Esto resalta la importancia de respetar la diversidad cultural y la autodeterminación de estas comunidades. La coherencia y la armonía se fortalecen cuando las comunidades toman decisiones basadas en valores compartidos. Además, esta autonomía aumenta la resiliencia ante los desafíos.

Por lo tanto, la autonomía de los pueblos indígenas no es solo sobre gestión, es una expresión de su convivencia y unidad como

comunidad. Este proceso de autorregulación es esencial para su identidad y autodeterminación, mereciendo reconocimiento global.

De hecho, reconocer el derecho de los pueblos indígenas al autogobierno es un paso importante hacia un mundo donde todas las culturas y sociedades puedan prosperar, ayudando a construir una sociedad global más inclusiva que respete la diversidad. De acuerdo con Pineda (2019)

La libre determinación es importante porque resulta ser la clave para el acceso a todos los demás, desde los económicos, sociales y culturales, hasta los civiles y políticos. Así, la Libre Determinación es el mejor camino posible para que los problemas que enfrentan los pueblos indígenas se resuelvan desde su propia visión. En este contexto, cabe mencionar la institucionalidad que debería sustentar la actuación de las diferentes autoridades públicas para respaldar el Derecho Fundamental a la libre determinación, donde en el terreno de los hechos, se precisa con urgencia de un cambio de paradigma (pasar del asistencialismo y paternalismo con pretensiones explícitas u ocultas de asimilación, al empoderamiento de estos pueblos. (pág. 5)

Es decir, la libre determinación permite a los pueblos indígenas abordar sus desafíos desde su propia perspectiva. Esto subraya la importancia de establecer una sólida estructura institucional que respalde este derecho fundamental. En la práctica, es esencial cambiar el enfoque actual de asistencialismo y paternalismo hacia el

empoderamiento real de estos pueblos. Esto significa darles el control sobre sus propios destinos y fortalecer sus instituciones.

Por consiguiente, la libre determinación no es solo un principio abstracto, sino una herramienta práctica para superar los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas en su búsqueda de igualdad y justicia. Así, les brinda la capacidad de moldear su propio futuro y contribuir a la diversidad cultural y la riqueza de nuestras sociedades.

A. Caso Mapuche en Chile y Argentina

El caso Mapuche en Chile y Argentina ilustra la lucha en la que se encuentra este pueblo indígena por obtener el reconocimiento de su autonomía en términos de territorio, preservación cultural y derechos políticos, en dos naciones sudamericanas. Los Mapuche, cuyos ancestros habitaron la región de los Andes, han enfrentado históricamente desafíos relacionados con la pérdida de sus tierras ancestrales y la influencia de la colonización. Según Hernández, “han sido numerosos los intentos frustrados de asociación que el Pueblo Mapuche emprendió con el intento de acceder, en forma paulatina, a canales de mayor autodeterminación y autogobierno” (2003, pág. 241) Por ello, a lo largo de los años, han buscado el reconocimiento de su identidad cultural y la recuperación de tierras que consideran de gran significado.

En Chile, los Mapuche han emprendido una lucha persistente por la restitución de tierras y la garantía de sus derechos políticos, lo que incluye la participación en procesos de toma de decisiones que impactan sus comunidades. Esto ha llevado a manifestaciones y a la

promulgación de leyes que reconocen su derecho a ser consultados de manera previa y a dar su consentimiento informado en asuntos relacionados con su territorio y recursos. En Argentina, la lucha Mapuche también se ha enfocado en temas de tierra y autodeterminación cultural, de modo que se resalta la preservación de su lengua y tradiciones ancestrales.

El caso Mapuche en Chile y Argentina es un ejemplo emblemático de los desafíos a los que se enfrentan los pueblos indígenas de la región para lograr un pleno reconocimiento de sus derechos. A lo largo de las décadas, esta lucha ha adquirido relevancia a nivel internacional y ha generado un debate sobre la importancia de la libre determinación de los pueblos indígenas en la zona de América del Sur.

B. Caso de los Sámi en Noruega, Suecia y Finlandia

El caso de los Sámi en la región ártica de Europa representa un ejemplo relevante de la lucha de un pueblo indígena por el reconocimiento de sus derechos en un contexto europeo. Los Sámi, una comunidad ancestral que ha habitado esta zona durante siglos, han enfrentado una serie de desafíos en su búsqueda de la libre determinación, que abarca aspectos cruciales que incluye la gestión de sus tierras y recursos naturales. Su dependencia histórica de la pesca, la caza de renos y la cría de renos como medios de subsistencia ha llevado a una demanda clave: el reconocimiento de

su propiedad colectiva de las tierras y la promoción de la gestión sostenible de los recursos en sus territorios tradicionales.

Según Pérez (2020), A pesar de un largo historial de marginación y colonialismo, las poblaciones indígenas del Ártico han experimentado mejoras desde el final de la II Guerra Mundial en comparación con otras poblaciones indígenas. Sin embargo, la situación varía dentro de la región, destacando el ejercicio diverso del derecho de libre determinación, especialmente entre los Sámi y los Inuit, dependiendo del país de residencia. Es decir, la situación de las poblaciones indígenas en el Ártico refleja la complejidad de la búsqueda de la libre determinación en un contexto global. A pesar de progresos relativos, la diversidad de experiencias destaca la influencia de factores políticos y sociales específicos de cada país.

Además de la cuestión de la tierra y los recursos, los Sámi han puesto un énfasis significativo en la preservación de su cultura y lengua distintivas. Han abogado por la revitalización de sus tradiciones culturales, la promoción de la educación en su idioma nativo y el respeto por su valioso patrimonio cultural. A través de estas demandas, los Sámi han liderado la lucha por el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas en la región ártica de Europa, destacando la importancia de garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el contexto europeo. Esto resalta la importancia de tratar los problemas indígenas de manera contextualizada y respetar la variedad de perspectivas y aspiraciones en esta comunidad. Más aún, muestra cómo la libre determinación depende

no solo del pasado, sino también del entorno contemporáneo de cada grupo indígena.

C. Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam

El pueblo Saramaka o Saramacca, es descendiente de esclavos africanos quienes, desde finales del siglo XVI, se afincaron en la selva tropical de SURINAM. La Asociación de Autoridades de Saramaka y 12 capitanes Saramaka, por su derecho y en representación del citado pueblo, con fecha 27 de octubre de 2000 presentaron ante la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Secretaría de la Comisión) la denuncia número 12338 contra el Estado de Surinam. La Comisión Interamericana de Derecho Humanos (en adelante la Comisión) luego de aprobar el informe de admisibilidad y de fondo No. 9/06, con recomendaciones, las cuales no fueron resuelto por Surinam, con fecha 23 de junio de 2006, presento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra Surinam.

La demanda versa sobre las violaciones de Surinam contra el pueblo Saramaka, al no haberse implementado acciones eficaces para aceptar el uso y disfrute de los territorios que tradicionalmente han venido ocupando y usando. Otra vulneración demandada, es la falta de protección judicial hacia el pueblo Saramaka al no establecer medios eficaces para el acceso a os tribunales de justicia para la cautela de sus derechos fundamentales, relacionados a la forma

tradicional como ejercen la propiedad. Finalmente, se alega que el estado demandado no ha implementado en su ordenamiento jurídico interno normas para la protección y respeto de los derechos antes citados.

Los representantes del pueblo Saramaka, adicionaron a lo demandado por la Comisión, la falta de reconocimiento, de la personalidad jurídica de dicho pueblo de parte del Estado de Surinam, lo que contraviene el artículo 3 de la Convención Americana, relacionado al reconocimiento de la persona jurídica.

El estado demandado contesto la demanda, negando que haya violado los derechos demandados, ya que la legislación de su país reconoce a dicho pueblo un privilegio sobre la tierra que viene ocupando y que cuenta con recursos legales efectivos, por lo que luego de tramitada la causa, se declaró que el Estado de Surinam vulnero en detrimento del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a protección judicial, reconocidos en los artículos 21, 3 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo una serie de Medidas de Satisfacción y Garantías de No Repetición, entre las cuales tenemos, la siguiente:

d) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo,

libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 194).

Asimismo, es de resaltar el reconocimiento que hace la Corte, en el fundamento 90, sobre el vínculo especial que tienen los integrantes de los pueblos indígenas y tribales con su territorio y lo imperativo de proteger los derechos de estos colectivos a su territorio, con la finalidad de asegurar la subsistencia física y cultural de los citados pueblos.

2.5. Contenido jurídico del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas

El contenido jurídico del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es esencial para la promoción de la justicia y la igualdad a nivel mundial, ya que se reconoce la diversidad cultural y la importancia de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, es esencial la colaboración entre Estados, organizaciones indígenas y la sociedad civil desempeña un papel fundamental en avanzar hacia un mundo en el que los derechos de los pueblos indígenas sean plenamente respetados y protegidos.

Según lo que transmite Coronel Cardena (2021)

Este derecho tiene como contenido el autogobierno y la libre elección de la organización social, cultural, política, económica y territorial de

los Pueblos Indígenas y Nativos. Está reconocido por el Derecho Internacional por las Naciones Unidas y por la Constitución peruana, pero en sintonía con una visión de verticalidad en el cual colisionan las concepciones colectivas de las sociedades indígenas y nativas con las concepciones individualistas de la sociedad con paradigmas occidentales. (pág. 23)

Es decir, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y nativos es un logro significativo tanto a nivel internacional, a través del Derecho Internacional de las Naciones Unidas, como en la Constitución peruana, ya que abarca la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre aspectos que incluyen la organización social, cultural, política, económica y territorial de estas comunidades. Sin embargo, se encuentra en una encrucijada entre dos perspectivas: una que enfatiza la autonomía y las decisiones colectivas de las sociedades indígenas y nativas, y otra que se inclina hacia una visión más individualista influenciada por paradigmas occidentales.

No obstante, el reconocimiento de la autodeterminación sigue siendo esencial para preservar la identidad cultural y los derechos de estas comunidades en un mundo en constante transformación. Por lo tanto, será necesario encontrar un punto medio adecuado entre las visiones colectivas e individualistas.

De acuerdo con Bustillos (2008) el significado de este principio se desarrolló en un contexto internacional marcado por la inestabilidad debido a la Primera Guerra Mundial. Desde la perspectiva de Woodrow Wilson, se buscaban ajustes en la redistribución de los territorios europeos, centrándose en última

instancia en proteger la soberanía de las diferentes nacionalidades. Por ello, la autora nos indica que en ese contexto, el principio de libre determinación se consideraba principalmente aplicable a las nacionalidades europeas, ya que originalmente se planteó como un medio para que estas nacionalidades buscaran su soberanía y reconocimiento igualitario en el ámbito internacional. Con el tiempo, este principio se convirtió en una reivindicación predominante de las nacionalidades europeas.

Es decir, en su origen, el principio de libre determinación tenía como objetivo empoderar a las nacionalidades europeas que buscaban su soberanía y reconocimiento en un mundo en plena reestructuración tras la guerra. Sin embargo, con el tiempo, este principio se ha vinculado más estrechamente a las nacionalidades europeas. Este cambio en la percepción podría ser resultado de la dinámica geopolítica de la época y cómo los intereses de las naciones europeas se enfocaron en su recuperación y reconstrucción después de la devastación del conflicto. A pesar de todo, la transformación subraya la influencia de los contextos históricos y regionales en la interpretación de conceptos fundamentales del derecho internacional.

Por consiguiente, la evolución del principio de libre determinación en este contexto resalta la importancia de considerar el contexto histórico y político al analizar tratados y principios internacionales. También recalca la necesidad de aplicar estos principios de manera equitativa en todas las regiones y para todas las nacionalidades, sin importar su origen geográfico o histórico.

En esencia, la libre determinación es un principio central destinado a corregir las injusticias históricas y promover la igualdad y la dignidad de los

pueblos indígenas en todo el mundo. De esta manera, es relevante lo que Anaya (2005) distingue, consiste en cinco categorías básicas: no discriminación. integridad. tierras y recursos, desarrollo y bienestar; y autogobierno.

2.5.1 Autodeterminación o libre determinación

La autodeterminación o libre determinación es un principio fundamental en el derecho internacional y desempeña un papel crucial en la protección de los derechos de los pueblos y comunidades a nivel global. “Libre determinación comporta, por tanto, la posibilidad de los pueblos de autodeterminar su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, sus condiciones de desarrollo” (Aparicio Wilhelmi, 2006, pág. 409) En ese sentido, este principio sostiene que todos los pueblos tienen el derecho absoluto de elegir su propio camino en asuntos políticos, económicos, sociales y culturales, sin ninguna influencia externa o intromisión.

Según Pérez (2020)

En este marco general, las normas protectoras de los derechos de las poblaciones indígenas tienden a hacer posible la autodeterminación de éstas, tratando de evitar situaciones de discriminación contra las mismas, al tiempo que protegen sus formas de vida tradicionales, cultura, derechos de propiedad sobre la tierra y los recursos en un amplio sentido. (pág. 173)

En este sentido, estas disposiciones son esenciales para prevenir la discriminación histórica y garantizar la protección de la cultura y los

modos de vida tradicionales. Por ello, es importante reconocer sus derechos a la tierra y a los recursos naturales, ya que esto no sólo asegura su bienestar económico, sino que también ayuda a proteger el medio ambiente. Al proteger sus derechos de manera más amplia, estas disposiciones no sólo benefician a las comunidades indígenas, sino que también enriquecen la diversidad cultural y contribuyen a la sostenibilidad global.

Por lo tanto, las disposiciones que protegen los derechos de las comunidades indígenas enfatizan la importancia de respetar la diversidad y la autodeterminación en un mundo cada vez más conectado. Además, la promoción e implementación de estas disposiciones es un paso esencial hacia un futuro más inclusivo y justo para todas las comunidades indígenas.

Conforme a lo establece Díaz Polanco (1998)

Es difícil concebir la autodeterminación a medias. A partir de una condición de pueblo acotado, los Estados podrán limitar el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, alegando que en este caso se trata de libre determinación interna. (pág. 7)

Es decir, resulta complejo concebir la autodeterminación de manera parcial. Cuando se limita el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas bajo el argumento de la "libre determinación interna", surgen dilemas significativos. Esta situación crea una contradicción: los pueblos indígenas, arraigados profundamente en sus tierras y culturas, se ven restringidos en su capacidad para tomar

decisiones que afectan directamente su existencia y futuro. Por lo tanto, la autodeterminación a medias se convierte, por tanto, en un concepto contradictorio.

La autodeterminación plena para los pueblos indígenas no solo representa un imperativo ético, sino también un paso vital hacia un mundo más justo y equitativo. En un contexto global que valora la diversidad y la igualdad, es crucial que todas las comunidades tengan la libertad de moldear su propio destino sin restricciones injustas.

Asimismo, como lo expresa Edgardo Cuenca & Beltrán Ramírez (2018)

el derecho a la libre autodeterminación es un derecho de los pueblos como un deber de los Estados; esto significa que es uno de los derechos más controvertidos debido a que, por ejemplo, dentro de la Resolución 2625 hace mención a que todos los pueblos tienen libre acceso a este derecho, no necesariamente los que se encuentren en una posición de colonia a mandato frente a una potencia; pero dentro de la Resolución menciona como condición para el acceso a este derecho la posición de Colonia o mandato. (pág. 9)

Es decir, el derecho a la libre autodeterminación se encuentra en el centro de un debate complejo, equilibrando los derechos de los pueblos con las responsabilidades de los Estados. Aunque universalmente es reconocido, este derecho está rodeado de controversias. Así, la Resolución 2625 establece que todos los pueblos tienen acceso a este derecho, lo que implica que no debería

limitarse solo a aquellos bajo colonización o mandato extranjero. Sin embargo, esta amplitud se ve complicada por la condición impuesta en la misma Resolución, que otorga principalmente este derecho a los pueblos en situaciones coloniales o de mandato. Esta ambigüedad plantea interrogantes fundamentales sobre quién tiene el derecho a determinar su destino y bajo qué circunstancias.

En línea con lo anterior, la tensión entre los derechos humanos y el derecho internacional resalta la necesidad de un diálogo global más profundo y honesto. Estos derechos deben definirse con precisión y aplicarse de manera justa para garantizar una verdadera autodeterminación para todas las personas, independientemente de su estatus político o geográfico. Más aún, se ve la necesidad urgente de una revisión exhaustiva del derecho internacional para reflejar y respetar las diversas realidades del mundo.

En efecto, el debate sobre la libre autodeterminación destaca la importancia de la justicia y la equidad en la comunidad internacional. Solo a través de una comprensión genuina y un respeto profundo por las diversas perspectivas del mundo podremos avanzar hacia un futuro donde la autodeterminación sea realmente accesible para todos. Sin lugar a dudas, es crucial evolucionar hacia una apreciación más profunda y considerada de la autodeterminación indígena. Esto requiere no solo el reconocimiento teórico de este derecho, sino también su aplicación efectiva en la vida cotidiana.

2.5.2. Integridad cultural

La integridad cultural es uno de los elementos principales para velar por el principio de autodeterminación. En ese sentido, “se requieren para lograr concebir la integridad cultural de los pueblos indígenas, tales como: su participación política, el derecho a la consulta previa, libertad para definir su desarrollo económico, social y cultural” (Ortiz Torres, 2016, pág. 73) Es decir, es fundamental reconocer la importancia de otorgar a estas comunidades la libertad de definir su propio rumbo en términos de desarrollo económico, social y cultural. Por consiguiente, implica permitir la toma de decisiones autónomas sobre el manejo de sus recursos naturales, el fomento de sus economías y la preservación de sus tradiciones culturales. En lugar de imponer modelos de desarrollo externos, debemos apoyar sus esfuerzos para mantener sus prácticas sostenibles y sus sistemas de conocimiento tradicional.

2.5.3. Tierra y recursos

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la propiedad y por tanto, el control directo de las tierras y recursos naturales que han sustentado sus respectivas economías y prácticas culturales.

Según Pando (2013), los pueblos indígenas abogan por la propiedad compartida de las tierras porque creen que esto conlleva ventajas para toda la comunidad. Rechazan la idea de que las tierras puedan ser poseídas de manera individual y en su lugar consideran que su responsabilidad, como comunidades indígenas, es conservar y proteger la tierra para las generaciones futuras. Es decir, defender un

enfoque equilibrado que respete y valore las tradiciones y la profunda conexión cultural de los pueblos indígenas con la tierra, al mismo tiempo que busca soluciones que permitan el crecimiento económico y el bienestar de estas comunidades, es esencial.

Así, la visión de Pando sobre la propiedad compartida de las tierras por parte de los pueblos indígenas destaca una sabiduría ancestral que merece ser entendida y apreciada en el mundo moderno. Esta creencia en la propiedad colectiva de la tierra no es simplemente una preferencia, sino un compromiso profundo arraigado en la cosmovisión indígena. Para estas comunidades, la tierra es más que un recurso explotable; es un lazo sagrado que une generaciones pasadas, presentes y futuras.

La negativa a aceptar la idea de la propiedad individual no es simplemente una decisión económica, sino una declaración de principios. Los pueblos indígenas comprenden que la tierra es un legado compartido que debe ser preservado para las próximas generaciones. En un mundo impulsado por el consumo y el desarrollo desenfrenado, esta perspectiva representa un equilibrio esencial entre la conservación cultural y las necesidades económicas.

Los enfoques que valoran las tradiciones y la conexión espiritual con la tierra presentan un modelo sostenible y armonioso para la coexistencia humana y ambiental. En lugar de imponer estructuras individualistas sobre estas comunidades, es esencial aprender de su sabiduría y colaborar para identificar soluciones que promuevan tanto el crecimiento económico como el bienestar de estas poblaciones.

Este diálogo intercultural emerge como un pilar fundamental para un futuro en el cual todas las comunidades, tanto indígenas como no indígenas, puedan prosperar en paz.

2.5.4. Bienestar social y desarrollo

El Estado debe velar por el bienestar social y desarrollo de los pueblos indígenas. Así, “el desarrollo social significa el mejoramiento del bienestar de toda la población en diversas esferas: material, de autovaloración y de realización de potencialidades individuales” (Durstun, 1993, pág. 95). En otras palabras, el gobierno debe tomar medidas para eliminar prácticas discriminatorias y cualquier otra limitación que obstaculice que los miembros de las comunidades indígenas puedan acceder a los servicios sociales que han estado disponibles para los grupos mayoritarios de la sociedad.

El gobierno tiene la responsabilidad de adoptar acciones efectivas para erradicar toda forma de discriminación y eliminar las barreras que impiden que los integrantes de las comunidades indígenas accedan a los servicios sociales que están disponibles para la mayoría de la población. Esto no solo se trata de garantizar igualdad de oportunidades, sino también de honrar los derechos humanos y culturales de estas comunidades. Así, el compromiso del Estado en impulsar el progreso social y el bienestar de las comunidades indígenas es esencial para avanzar hacia una sociedad inclusiva y justa, donde cada persona, sin importar su origen, tenga la

oportunidad de desarrollar su potencial al máximo y contribuir al avance del país.

2.5.5. Autogobierno

El autogobierno indígena es un paso hacia un mundo más inclusivo y justo donde todas las culturas y sociedades tengan la oportunidad de prosperar y contribuir a la prosperidad global. Así, el autogobierno de las comunidades indígenas emerge como un tema sumamente relevante y de gran complejidad en el panorama actual. Por ello, reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a administrar sus propios asuntos representa un imperativo de justicia y equidad.

A lo largo de la historia, estas comunidades han soportado la marginación, la discriminación y la pérdida de sus tierras y culturas debido a políticas coloniales y a la falta de reconocimiento de sus derechos. Por lo tanto, es esencial reconocer que la implementación del autogobierno indígena plantea desafíos en términos de legislación, financiamiento y colaboración con los gobiernos nacionales. Cabe resaltar que, es crucial que estos procesos se desarrollen teniendo en cuenta las realidades locales y las necesidades de las comunidades indígenas.

El autogobierno en el contexto del principio de libre determinación es un asunto que presenta desafíos y cuestiones importantes. Según Espinoza (2018), el autogobierno indígena, como parte del derecho a la libre determinación, es un derecho humano que no debe ser

negado por ningún Estado. No obstante, esto no implica desafiar la soberanía estatal ni confrontar su autonomía. Más bien, se trata de descentralizar el poder estatal y reconocer las capacidades innatas de los pueblos indígenas para autogobernarse.

Por lo tanto, es esencial encontrar un punto medio entre la autonomía de las comunidades y la integridad territorial de los Estados, y garantizar que los derechos individuales y universales no se vean comprometidos.

2.6 Estado Constitucional y Pluralismo Jurídico

2.6.1 Estado Constitucional de Derecho

Ferrajoli, considera el Estado Constitucional de Derecho, como "un nuevo modelo de derecho y democracia (...) fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto del modelo paleopositivista del Estado Legislativo de derecho" (Ferrajoli, 2006, p.114).

El Estado Legislativo o Legal de Derecho se identifica con el principio de legalidad, el cual proclama la supremacía de la ley con respeto a la actividad estatal, siendo esta cautelada por órganos jurisdiccionales, que buscan asegurar la legalidad de los actos del Estado. Por su parte, en el Estado Constitucional de Derecho, el rasgo característico lo constituye el principio de constitucionalidad, por el cual la Constitución se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico, por lo que la ley está subordinada a ella y; por la existencia y actividad de tribunales que velan por la constitucionalidad de la actividad estatal. No se aparta del principio de legalidad, sino, que condiciona su

accionar y validez al principio de constitucionalidad (García-Pelayo, 1991, p. 33).

Las características del Estado Constitucional de Derecho, según García-Pelayo (1991) son:

a) La división de poderes

Mantiene la clásica distinción entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, incidiendo en la distinción entre poder constituyente frente a los poderes constituidos, por la cual estos últimos no están facultados para ejercer las facultades que le corresponden al primero de ellos; quien en su oportunidad los estableció, fijando sus competencias y obligaciones en la Constitución, por lo que la observancia de este principio es el sustento de la diferenciación de estos poderes.

b) Competencia fundamental del Estado y competencia en el Estado

La estructuración del Estado mediante un conjunto de órganos dotados de determinadas competencias, entendidas éstas como el ámbito de acción que el Derecho les ha asignado, a fin de que puedan: a) ejercer unas funciones; b) las facultades para ello y, c) los márgenes y las formas de ejecución de dichas potestades, es un concepto que comparten las citadas formas de estado.

En el Estado constitucional de Derecho, se enfatiza la distinción entre la competencia fundamental del Estado y la competencia en el Estado. La primera de ellas consiste en establecer el rango de la actividad lícita del Estado y el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos y, el

espacio de autocontrol de la sociedad en sus actividades económicas, culturales, sociales, etc.; comprende, por ello, el marco de acción del Estado en general incluyendo a sus dependencias. Mientras que la segunda, esta referida a las facultades o competencias conferidas a un determinado órgano u órganos estatales; en atención a ello, la competencia fundamental conforma el sustento jurídico y lógico de las competencias establecidas en el Estado, por lo que ninguna dependencia estatal puede vulnerar o ejercer dicha competencia fundamental.

Esta competencia fundamental del Estado esta plasmada de forma expresa o implícita en la Constitución, específicamente, en el apartado correspondiente a los derechos fundamentales, los cuales son: " de un lado, derechos públicos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado y de otro lado, principios objetivos de ordenación del sistema jurídico-político que deberá de orientarse en su desarrollo por los valores en ellos definidos" (García-Pelayo, 1991, p. 40).

c) La primacía de la Constitución sobre la ley

La Constitución, en el Estado constitucional de Derecho, pasa del ámbito programático, ascendiendo a la esfera del ordenamiento jurídico vinculante, tomando como punto inicial, el principio de primacía de la ley dentro del ordenamiento o jerarquía normativa, para complementarlo con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por ende, sobre el régimen jurídico, cuyas normas deben de ser concordantes directa o indirectamente con los preceptos

constitucionales, como requisito de su validez, bajo sanción de anulación por los órganos jurisdiccionales respectivos.

d) La sumisión a la Constitución de la totalidad de los poderes públicos

Se deriva de la anterior característica, por la cual los poderes públicos, en especial, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial están subordinados a la Constitución, por lo que su accionar, debe de ejecutarse dentro del ámbito de la competencia fundamental del Estado, sin interferir en la autodeterminación de los ciudadanos y/o la autorregulación de la sociedad en su conjunto; asimismo, el accionar de estos poderes, se debe de realizar dentro de los cauces de las competencias específicas, establecidas por la Constitución para cada una de ellas, con observancia de las competencias otorgadas a otros órganos constitucionales.

e) La justiciabilidad constitucional

El citado sistema constitucional está conformado fundamentalmente por: una parte denominada estática, integrada por disposiciones constitucionales inmutables, hasta que no se realice una reforma constitucional, mediante los mecanismos establecidos en ella, para dicho fin y, otra parte dinámica compuesta por las disposiciones constitucionales emitidas a favor de los poderes u órganos públicos para el cumplimiento de sus funciones.

Para cautelar la estabilidad del modelo constitucional, se impone la necesidad de control, a fin de que los distintos órganos del Estado actúen con observancia de las normas constitucionales y, de ser necesario, anulen toda contravención, reponiendo las cosas al estatus constitucional establecido. Dependiendo de cada ordenamiento jurídico, este control, de está a cargo de tribunales u órganos jurisdiccionales, con jurisdicción y competencia específicas, quienes mediante el empleo de criterios legales y métodos jurídicos resuelvan sobre la constitucionalidad del accionar estatal y de los ciudadanos.

En el caso de los países, que hallan otorgado dichas competencias a un Tribunal Constitucional, estas dependen del ordenamiento jurídico nacional respectivo; sin embargo, la finalidad común en los distintos ordenamientos, es la defensa de la Constitución, la cual al estar compuesta por una parte dogmática y otra orgánica, de manera general, se puede establecer las siguientes funciones: i) protección de los derechos fundamentales de la persona, sea esta natural o jurídica, en su doble contenido, sea como derechos públicos subjetivos y, como valores objetivos, sobre los que se fundamenta la Constitución; ii) examen de la constitucionalidad de las normas con rango de ley y su posterior eliminación del ordenamiento jurídico, en caso atente contra la Constitución. Este control se puede realizar, mediante el control abstracto, la cual se realiza sobre una ley sin que esta sea

materia de un proceso judicial específico y, el control concreto, el cual se presenta al interior de una causa judicial.

2.6.2 Pluralismo jurídico

En el Estado Legislativo o Legal de Derecho la única fuente de derecho es la ley, teniendo el Poder Legislativo como prerrogativa la formulación, aprobación, interpretación y derogación de una norma legal, si bien se reconoce otras fuentes, se les asignan un carácter auxiliar de complemento al sentido o existencia de la ley. Dentro de dicho modelo, la comprensión formal de ley, comprende a todo el ordenamiento jurídico y dentro de ella a la constitución.

Con el Estado Constitucional de Derechos se produce un cambio de paradigma, ya referido en líneas precedentes, reconociéndose, además, la deficiencia de las reglas para resolver adecuadamente las relaciones jurídicas y de determinar los supuestos en que se afectarían los derechos, en especial, los fundamentales. Ante ello, es necesario recurrir a otras fuentes de derechos, entre otros:

- a) Los precedentes nacionales emitidos por tribunales que ejercen competencia en materia constitucional.
- b) Los precedentes internacionales dictados por organismo, tribunales o instancias internacionales y contenidos en tratados, convenios, sentencias, informes, recomendaciones.

- c) Las políticas públicas emitidas por el poder Ejecutivo, las cuales son de carácter general y obligatorio y tienen fuerza de ley por ser actos administrativos.
- d) Las normas, procedimientos y costumbres de las comunidades indígenas. (Ávila Santamaría, 2009, p. 786-790)

La denominación de Pluralismo Jurídico es de data reciente, proviene de una serie de artículos publicados en 1971, por Gilissen, bajo el título Pluralisme Juridique; luego, John Griffiths desarrolla dicho concepto, estableciendo dos enfoques para el pluralismo jurídico: a) pluralismo jurídico débil, clásico o legalista y; b) pluralismo jurídico fuerte, nuevo o profundo. El primero de ellos, relacionado a la visión de los abogados, mientras que el segundo, relacionado a la perspectiva de los científicos sociales, quienes consideran al derecho como una situación empírica de problemas (Griffiths, 2014, p. 169-170).

A. Pluralismo Jurídico Débil

El concepto de pluralismo jurídico débil está relacionado a sociedades colonizadas donde el ordenamiento jurídico acepta en su interior costumbres jurídicas que la preceden, en la cual el gobernante concede validez a diversos sistemas jurídicos, por lo que se produce la coexistencia de los mismos, condicionado a la adaptación al régimen legal central (Iannello , 2015, p.774).

En el referido modelo de pluralismo jurídico, la forma de gobierno predominante, es la que establece los contenidos, alcances y límites del sistema jurídico en su territorio, por eso se considera que tiene cierta autonomía del gobierno y de la sociedad, ya que cuentan con sus propias instituciones y un propio lenguaje especializado y por ende de personal especializado para su ejercicio, por lo que su legitimidad no esta dada por la sociedad, a través de la religión o moralidad, sino en la concordancia con sus propias disposiciones.

Es así, que las normas desarrolladas bajo esos parámetros se consideran jurídicas, distinguiéndose de otras creadas por la Sociedad o grupos de sociales (morales, religiosas), los cuales dentro del ordenamiento jurídico priman sobre dichas normas, sirven de base para delimitar el ámbito de discusión y de determinación de los resultados de los mismos; siendo característico de este modelo propugnar una perspectiva pareja del derecho y su vinculación con el Estado, en la cual el derecho se encuentra en el centro del ámbito social y que sustentan disposiciones para la interpretación de la sociedad (Griffiths, 2014, p. 172).

B. Pluralismo Jurídico Fuerte

Este tipo de Pluralismo Jurídico, "refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir un estado empírico del derecho en una sociedad" (Iannello, 2015, p. 774).

Así, el pluralismo jurídico reconoce y respeta la diversidad cultural y las distintas perspectivas legales en una sociedad, ya que defiende la premisa de que los sistemas legales no son universales y pueden variar entre diferentes grupos y comunidades.

De acuerdo con (Fajardo 2006):

La construcción de estados pluriculturales o plurinacionales supone el desafío de reconocer poder de definición a los pueblos indígenas y otros pueblos y colectivos que coexisten al interior de los estados, a fin de que los mismos puedan negociar, bajo el principio de la igual dignidad de los pueblos y culturas. (p.24)

En efecto, el pluralismo jurídico es un concepto valioso que busca reconocer y respetar la diversidad cultural en estados con múltiples culturas o naciones. Sin embargo, su aplicación presenta desafíos importantes en cuanto a cómo equilibrar los derechos de las personas y los grupos, cómo definir las áreas de jurisdicción y cómo garantizar que se respeten los derechos humanos. Así, el éxito de este enfoque depende de la capacidad de los estados para lograr una coexistencia armoniosa de diferentes sistemas legales y normativos, en beneficio de toda la sociedad. Más aún, de acuerdo con López (2013)

El pluralismo jurídico es una perspectiva que cuestiona aquella concepción monista que ha reducido la diversidad endémica de la sociedad a una sola visión dominante del derecho. Informa la existencia de diferentes derechos

concurrentes que operan en diferentes espacios temporales, y a escalas locales, nacionales y trasnacionales, las mismas que no se reducen al marco jurídico estatal. (p. 186)

El pluralismo jurídico fuerte nos lleva a reconsiderar la idea tradicional de derecho como algo único y uniforme, que proviene exclusivamente del sistema legal del Estado. En su lugar, nos hace reconocer que en una sociedad diversa y compleja coexisten varios sistemas y fuentes de normas y regulaciones. Por lo tanto, no es posible imaginar una sociedad como un mosaico en el que cada comunidad, grupo étnico, organización e incluso individuos tienen sus propias normas y sistemas de justicia que se aplican en situaciones específicas. Esto no se limita a lo local, sino que se extiende a niveles nacionales e incluso internacionales, donde acuerdos y tratados influyen en cómo se resuelven los conflictos y se definen los derechos.

En lugar de ver este pluralismo como una fuente de conflicto, podemos considerarlo como una riqueza que refleja la diversidad y complejidad de nuestra sociedad. De esta manera, nos desafía a pensar en cómo estos diferentes sistemas legales pueden coexistir y, en algunos casos, interactuar, proporcionando un marco más inclusivo y equitativo para abordar las necesidades de diversas comunidades. Conforme a lo establece Walsh (2002)

El pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas. En este sentido, el pluralismo jurídico refleja una aplicación de la pluriculturalidad oficial que antes mencionamos: añade un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer mayor transformación a ella en término del otro sistema no indígena. (p. 4)

Es decir, el pluralismo jurídico surge como una respuesta crucial a la complejidad de las sociedades contemporáneas, reconociendo la necesidad de interpretar las leyes desde una perspectiva pluricultural, por lo que será necesario valorar las distintas funciones, contextos y metas sociales que subyacen en las normas legales diversas. Este enfoque no solo añade un sistema legal que incluye y reconoce a las comunidades indígenas, sino que también busca integrar estas tradiciones dentro de la estructura legal existente, sin alterar drásticamente el sistema no indígena.

Aunque prometedor, este método plantea desafíos considerables al equilibrar las leyes y valores en conflicto. Asimismo, se necesita una comprensión profunda de las tradiciones y sensibilidades de todas las partes para armonizar estas diferencias.

Tal y como lo transmite (Iannello 2015)

La contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La comprensión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas (p. 778).

Es decir, la importancia del pluralismo jurídico radica en su capacidad para entender los sistemas legales alternativos que a veces entran en conflicto con el sistema jurídico del Estado. Esta comprensión profunda no solo previene disputas, sino que también facilita la creación de reglas interpretativas que armonizan los diferentes niveles de lenguaje en diversas culturas. Por ello, será necesario comprender estos sistemas legales en su contexto cultural y social. Esta comprensión no solo evita malentendidos, sino que también crea un terreno fértil para la síntesis y la innovación legal. Al identificar puntos comunes fundamentales entre estas culturas, se pueden desarrollar nuevos conceptos legales que fusionen elementos de ambas.

Además, impulsa la evolución del derecho para adaptarse a las cambiantes dinámicas culturales y sociales. Con lo anterior, es

posible decir que el pluralismo jurídico no solo previene conflictos, sino que también actúa como un motor para desarrollar un marco legal inclusivo y adaptable.

Por supuesto, el pluralismo jurídico representa un paso hacia una justicia imparcial y culturalmente competente. Sin embargo, para que esta visión se haga realidad, es esencial mantener un diálogo intercultural constante, buscando la comprensión mutua y mostrando respeto por las diversas perspectivas presentes en nuestra sociedad. Solo a través de un enfoque colaborativo y respetuoso podremos construir un sistema legal que refleje la diversidad y complejidad de nuestra realidad multicultural. Por consiguiente, el pluralismo jurídico fuerte nos ofrece una perspectiva para comprender la complejidad de la diversidad legal en la sociedad y nos invita a reflexionar sobre cómo podemos lograr armonía y justicia en este entorno multifacético.

El pluralismo jurídico es un concepto que ha ganado importancia en el ámbito del derecho, se refiere a la coexistencia de múltiples sistemas normativos dentro de una sociedad y de su sistema legal estatal. Así, el pluralismo jurídico reconoce y respeta la diversidad cultural y las distintas perspectivas legales en una sociedad, ya que defiende la premisa de que los sistemas legales no son universales y pueden variar entre diferentes grupos y comunidades.

2.6.2 Multiculturalidad

La multiculturalidad es un fenómeno inherente a las sociedades contemporáneas, ya que estas se han vuelto más diversas que en términos de culturas, etnias, religiones y tradiciones. Así, la multiculturalidad es una manifestación de esta diversidad, y su abordaje plantea tanto oportunidades como desafíos. Además, nos da la oportunidad de aprender de otras culturas y crecer como individuos y como sociedad.

Sin embargo, la multiculturalidad también plantea desafíos significativos. Puede dar lugar a tensiones y conflictos cuando las diferencias culturales no se gestionan adecuadamente. La discriminación y el racismo son problemas que persisten en muchas sociedades multiculturales y deben abordarse de manera efectiva. Por lo tanto, se busca la integración y la cohesión social, los cuales son elementos clave para una convivencia armoniosa en sociedades multiculturales.

A la par con (Taipe Sánchez, 2005)

El reconocimiento como Pueblo Indígena no supone su separación del Estado, sino su inclusión como sujeto jurídico, al que le corresponde una serie de derechos colectivos; implica la consolidación del reconocimiento a mantener su identidad diferenciada de los demás componentes de la nación de la que son parte, es decir, en su condición de pueblos indígenas. (p.259)

En ese sentido, el reconocimiento de la capacidad de los Pueblos Indígenas para preservar su identidad única es esencial para salvaguardar la diversidad cultural y el legado de estas comunidades. Por supuesto, esto no va significar una separación del Estado, sino el derecho a existir y progresar de acuerdo con sus propias costumbres, valores y creencias acorde a su cultura.

A pesar de los fundamentos legales que respaldan el reconocimiento de los pueblos indígenas como actores legales con derechos colectivos y la salvaguardia de sus derechos, su implementación práctica puede ser difícil. Por lo tanto, será necesario contar con un Estado más activo que acompañe este reconocimiento con políticas públicas que fomenten la aceptación social de dichos derechos. Por supuesto, es crucial establecer marcos legales transparentes para garantizar la inclusión y protección efectiva de los derechos de los Pueblos Indígenas. Así, los marcos deben reconocer y respetar los derechos consagrados en normativas internacionales, como el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

2.6.3 Interculturalidad

La interculturalidad es un concepto que refleja la complejidad y riqueza de nuestras sociedades modernas. Dicho concepto reconoce la diversidad cultural como un recurso valioso y en la

promoción de la convivencia entre diferentes grupos culturales, ya que nos desafía a superar estereotipos y prejuicios. Por supuesto, dicho concepto implica respetar profundamente los derechos culturales de todos, al ser un camino hacia una sociedad más inclusiva y justa, donde cada individuo pueda expresar su identidad cultural sin temor a la discriminación o la marginalización.

Se “tiende a suponer armonía entre todos, dejando de lado la desigualdad real de condiciones de los grupos sociales y étnicos, en el acceso a los recursos culturales ajenos y en las posibilidades de desarrollo y difusión de los propios” (Zúñiga Castillo & Ansión Mallet, 1997, pág. 6). En otras palabras, la interculturalidad representa un principio esencial en la edificación de sociedades inclusivas y diversas.

Así, su principal objetivo es garantizar la equidad de derechos y oportunidades para todas las personas, sin importar su trasfondo cultural, al mismo tiempo que busca erradicar estereotipos y prejuicios que pueden desencadenar actos discriminatorios. En esa línea, de acuerdo con Faundes Peñafiel (2017)

La interculturalidad nos interpela a no caer en la trampa identitaria, y a no perder la narrativa de la identidad propia, reubicándola y recontextualizándola espacial y temporalmente, con la obligación de interpretarla, argumentando y reconstruyendo valores y normas “pluri-universales”, porque

todas las culturas generan sus universos de sentido propio.
(pág 317)

Es decir, la interculturalidad nos desafía a evitar caer en la trampa de una identidad fija y a mantener nuestra narrativa identitaria, adaptándola a diferentes contextos en tiempo y espacio. Entonces, nos obliga a interpretarla, respaldarla con argumentos sólidos y reconstruir valores y normas que puedan aplicarse a diversas culturas, ya que todas crean sus propios significados y visiones del mundo. Así, la interculturalidad nos motiva a cuestionar la rigidez de las identidades culturales y a abrazar la diversidad, promoviendo el diálogo y el enriquecimiento mutuo a través de la interacción cultural. Al entender que las culturas son dinámicas y cambiantes, podemos construir un mundo más inclusivo y respetuoso, donde las normas compartidas unan en lugar de dividir.

De esta manera, es posible ver que la interculturalidad aboga por un enfoque en el que la diversidad cultural se perciba como una ventaja en lugar de un obstáculo, de modo que juega un papel crucial en la promoción de la comprensión mutua y la coexistencia pacífica en nuestras comunidades a nivel global.

CAPITULO III. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

3.1 Logro de objetivos específicos

El presente trabajo de investigación se ha desarrollado en atención a los objetivos específicos planteados, los que han sido materializados, en base a la información recopilada, obteniendo como resultado: determinar los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, de acuerdo con el siguiente detalle:

A. Analizar el enfoque intercultural de los derechos humanos con respecto a los pueblos indígenas.

Para el logro del citado objetivo específico, se recopiló doctrina sobre los derechos humanos, en sus diversas corrientes: Iusnaturalismo, Positivismo, Pospositivismo. Sobre el debate entre universalidad y relatividad cultural de los derechos humanos y su incidencia sobre los pueblos indígenas. El enfoque intercultural de los derechos humanos de los pueblos indígenas en atención a la doctrina del relativismo cultural y como este enfoque busca la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

B. Identificar las fuentes del derecho internacional y nacional que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

Se ha tenido en consideración los tratados internacionales y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, específicamente los relacionados a los pueblos indígenas, analizando su

naturaleza y su carácter de fuente de derechos. Asimismo, se ha revisado jurisprudencia internacional, doctrina con respecto a la costumbre como fuente de derecho de carácter internacional y nacional.

C. Analizar la interculturalidad como mecanismo para el reconocimiento del derecho a la libre determinación interna de los pueblos indígenas.

Para el logro de este objetivo, se ha revisado doctrina sobre el Pluralismo Jurídico, que propugna el respeto a la diversidad cultural y a los diversos sistemas legales que pueden coexistir en una sociedad, bajo el respeto de la Constitución. Por otro lado, se ha analizado la interculturalidad como forma de respeto a la diversidad cultural y búsqueda de una sociedad diversa e inclusiva, diferenciándose de la multiculturalidad, por su papel activo para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

3.2 Análisis de sentencias del Tribunal Constitucional

3.2.1 STC 03343-2007-PA/TC- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2009)

Tabla 1

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Expediente: 03343-2007-PA/TC</p> <p>Demandante: Jaime Hans Bustamante Johnson</p> <p>Demandados: Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC, Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PRETROBRAS)</p> <p>Tipo de proceso: Proceso de amparo (recurso de agravio constitucional)</p> <p>Sentencia: Fundada la demanda</p>	<p>Cese de las acciones relacionadas con la exploración y posible explotación de recursos de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera. Así, se argumenta que esta situación representa una amenaza para su derecho constitucional a disfrutar de un entorno equilibrado y apropiado</p>	<p>a) Derecho a la identidad étnica y cultural, el TC, señala, del análisis del artículo 2 inciso 2 se colige la tolerancia a la diversidad, como valor constitucional, lo que representa una aspiración social. Es por ello, los individuos no pueden ser diferenciados arbitrariamente por motivo de su idioma, religión u opinión, debiendo erradicarse todo acto que no respete o amenace las singularidades de los referidos grupos. Reconoce a la unidad en la diversidad y a la igualdad como un derecho a ser diferente. Si bien, esta disposición constitucional plantea protección al individuo, es extensible a los grupos minoritarios de los cuales son parte, mediante tutela constitucional específicas para dichos grupos étnicos. Agrega, el derecho a la identidad étnica y cultural recogido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, por lo que el Estado está obligado a proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (fundamentos 27 y 28).</p> <p>b) El Convenio 169 OIT, el TC tomando como base decisiones precedentes de dicho colegiado, señala que los tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades (STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 22).</p> <p>Incluso, lo sitúa dentro de las disposiciones constitucionales, al señalar, "los tratados</p>	<p>La sentencia del TC desarrolla el enfoque multicultural de los derechos humanos de los pueblos indígenas, considerándolos más como sujetos de protección y no sujetos de derechos, como lo plantea el enfoque intercultural. Es por ello, que el término de tolerancia a la diversidad, responde a los conceptos de multiculturalidad desarrollados en dicho contexto.</p> <p>El TC en base a su jurisprudencia reconoce la calidad y los efectos jurídicos de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por nuestro país; dentro del ordenamiento interno.</p> <p>Asimismo, por la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de nuestro país a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, se incorpora al cuerpo legal nacional, enriqueciendo y brindando una interpretación complementaria a las</p>

internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N° 0025-2005-PI/TC, fundamento 33).

En el caso, del Convenio 169 OIT, al haberse ratificado conforme al procedimiento constitucional, indica, forma parte del derecho interno y por ende de obligatorio cumplimiento por las entidades públicas y, en aplicación del artículo del Código Procesal Constitucional, dicho instrumento internacional complementa de forma normativa e interpretativa, las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, que, también cristalizan los derechos fundamentales y las garantías de los colectivos indígenas e integrantes.

El estrecho vínculo que tienen los pueblos indígenas con sus tierras, a las que le reconoce la calidad de territorio, es reconocido por dicho convenio internacional. De esta particularidad, considera el TC, proviene el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, entendida como, la capacidad de estos pueblos para establecer de forma autónoma su organización, sin interferencia políticas o económicas por terceros y, la facultad de ejercer su derecho consuetudinario, a fin de resolver los conflictos sociales dentro de la comunidad, (fundamentos 31-35).

disposiciones constitucionales relacionadas con las comunidades indígenas.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, si bien, es reconocido como forma de organización política y económica de los pueblos indígenas sin interferencias de terceros, pero solo es analizada desde la relación de los pueblos con su territorio, lo que constituye, un avance en el reconocimiento de los derechos de dichos colectivos.

3.2.2 STC 0022-2009-PI/TC- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2010)

Tabla 2

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Demandante: Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos</p> <p>Demandado: Presidencia del Consejo de Ministros.</p> <p>Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.</p> <p>Sentencia: Infundada la demanda</p>	<p>Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, al haber sido promulgada sin efectuar ninguna consulta previa, como lo ordenan los artículos 6,15 y 17 el Convenio 169 OIT y los artículos 19,30 y 32 de la DNUDPI.</p>	<p>a) Sobre la aplicabilidad de la DNUDPI, el TC indica que es un instrumento de carácter internacional, que no es pasible de ratificación al no tratarse de un tratado. No obstante, al ser productos de acuerdos y consensos de los países integrantes de la comunidad internacional, conforman una fuerza moral o soft law, sin vinculación o efecto jurídico en el ordenamiento jurídico, pero orientada a la protección y respeto de los pueblos indígenas, al dotar de contenido los derechos humanos de dichos pueblos (fundamentos 6 al 8).</p> <p>b) Sobre la aplicabilidad del Convenio 169 OIT, con respecto a dicho instrumento, el TC resalta que la situación es distinta, reseñando su propia jurisprudencia, por la cual señala que forma parte del ordenamiento jurídico nacional y por tanto debe de ser acatada (STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 31); además que ostenta rango constitucional (STC N° 025-2005-PI/TC, fundamento 33).</p> <p>c) El Derecho a la consulta como diálogo intercultural, estima el TC, que el Convenio 169 OIT tiene como finalidad romper con los modelos de asimilación cultural de los pueblos indígenas a la cultura predominante, a fin de que se irradian a ellos los derechos fundamentales reconocidos en favor de la mayoría de la sociedad. Estima, que la protección que brinda el citado convenio radica en los medios suficientes para el respeto y preservación de los pueblos indígenas. Resalta, el artículo 6 del convenio, como un deber de carácter general para generar y consolidar el dialogo intercultural entre las partes que intervengan en asuntos relacionados a los pueblos indígenas.</p>	<p>El análisis que hace el TC sobre la aplicabilidad de la DNUDPI, pese a no tener carácter vinculante, evidencia la preocupación de la comunidad internacional por la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, mientras que las disposiciones de dicha declaración constituyen fuente para dotar de contenido a los derechos humanos de dichos pueblos. En el caso del análisis del Convenio 169 OIT se reafirma en sus decisiones previas, constituyéndose en doctrina jurisprudencial sobre dicho asunto, en ese momento.</p> <p>Lo novedoso y resaltante es el enfoque intercultural del Convenio 169 OIT, que realiza el TC, como forma de protección de los derechos de los pueblos indígenas en igualdad de condiciones con los derechos de la mayoría de la población; dejando el enfoque multicultural de decisiones anteriores. Resalta el dialogo cultural para el tratamiento de los asuntos que afecten los derechos de dichos pueblos.</p>

Nota: Elaboración propia

3.2.3 STC 05427-2009-PC/TC- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2010)

Tabla 3

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS RELEVANTES	CONSTITUCIONALES	CRÍTICA
<p>Demandante: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP).</p> <p>Demandado: Ministerio de Energía y Minas.</p> <p>Tipo de proceso: Proceso de cumplimiento</p> <p>Sentencia: Fundada la demanda</p>	<p>Demanda de cumplimiento, a fin de que el demandado de cumplimiento al Convenio 169 OIT y que, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado Internacional.</p>	<p>a) Jerarquía normativa del Convenio 169 OIT, siguiendo su línea jurisprudencial, el TC, señala, dicho instrumento internacional cuenta con rango constitucional y es parte del bloque de constitucionalidad, por lo que cuenta con la denominada fuerza pasiva, para enfrentar infracciones de carácter legal y, con fuerza activa, para innovar en el ordenamiento jurídico, mediante la incorporación de derechos reconocidos por dicho instrumento, en tanto derecho vigente de rango constitucional (STC 022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10), fundamentos 8-9.</p> <p>Agrega, en el fundamento 26, el carácter de vinculante del Convenio N° 169 hacia todos los poderes públicos y no solo al legislador, por lo que ante la ausencia de normativa legal, es de responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas dicha deficiencia, más aún, cuando en dicho sector se producen los actos administrativos que inciden directamente en los derechos de los pueblos indígenas.</p>	<p>El TC ratifica sus decisiones precedentes sobre el Convenio 169 OIT; lo novedoso es la asignación de la denominada fuerza pasiva y activa al citado convenio, para resistir las infracciones de carácter legal y la capacidad de incorporar derechos en el ordenamiento jurídico proveniente de dicho instrumento internacional, respectivamente.</p> <p>Las reiteradas decisiones del Tribunal Constitucional, hasta aquí reseñadas, sobre el Convenio 169 OIT, constituyeron doctrina jurisprudencial, como lo establece el tercer párrafo del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, así como por lo señalado en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.</p>	

Nota: Elaboración propia

3.2.4 STC 01126-2011-HC/TC – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2012)

Tabla 4

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Demandante: Juana Griselda Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas.</p> <p>Demandado: Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y otros.</p> <p>Tipo de proceso: Habeas Corpus- Recurso de Agravio Constitucional.</p> <p>Sentencia: Fundada la demanda.</p>	<p>Recurso de Agravio Constitucional contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que en mayoría declaró improcedente la demanda de Habeas Corpus.</p> <p>El TC recondujo el proceso de Habeas Corpus por un proceso de Amparo al haberse cumplido con las reglas establecidas en la STC 05761-2009-PCH/TC, fundamento 27.</p>	<p>a) Multiculturalismo y Convenio 169 OIT, el TC señala, de hecho, se reconoce y ensalza la multiculturalidad, sin embargo, no se ejecutan ni garantizan las acciones políticas, administrativas de carácter multicultural. Cita lo resuelto en la STC 05427-2009/PC-TC, en la cual se evidenció la falta de cumplimiento por el Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas de implementar los derechos provenientes del Convenio 169 OIT (fundamentos 13-15).</p> <p>b) Concepto de tierras en el Convenio 169 OIT, el TC hace una distinción del concepto de tierra hecha en el ordenamiento jurídico con el concepto establecido en el convenio. Señala que el primero de ellos, es de naturaleza civil o patrimonial, mientras que el segundo, comprende un ámbito de autonomía y autogobierno, siendo este último, el que se condice con las ancestrales prácticas realizadas por los pueblos indígenas.</p>	<p>El TC retoma su enfoque multicultural sobre los derechos de los pueblos indígenas provenientes del Convenio OIT, incidiendo en la falta de implementación de políticas, acciones concretas que hagan viable las acciones multiculturales sobre los derechos humanos de dichos colectivos, siendo lo palpable, solo el mero reconocimiento de los mismos.</p> <p>El TC reconoce la naturaleza de territorio de las tierras que desde tiempos ancestrales vienen conduciendo los pueblos indígenas, diferenciándolos de la naturaleza civil o patrimonial, aspecto fundamental, ya que sobre dichos bienes poseen autonomía y autogobierno, aspecto que forma parte del derecho a la libre determinación de dichos pueblos.</p>

Nota: Elaboración propia

3.2.5 PLENO. SENTENCIA 1003/2021 (EXP. 1171-2019-PI/TC)- Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Consttucional del Perú, 2021)

Tabla 5

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Demandante: Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP)</p> <p>Demandado: Gobierno Regional de Loreto, Perúpetro SA, Ministerio de Cultura del Perú.</p> <p>Tipo de proceso: Proceso de amparo.</p> <p>Sentencia: Improcedente la demanda.</p>	<p>Demanda de amparo: violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; del derecho al territorio ancestral integral y los recursos naturales; violación de los derechos a la autonomía y libre determinación; violación del derecho a la vida e integridad física y cultural del Pueblo Indígena u Originario Achuar, entre otros.</p>	<p>Naturaleza jurídica del Convenio 169 OIT</p> <p>El derecho a la consulta previa deriva del Convenio 169 OIT, el mismo que no le confiere la condición de derecho fundamental, por lo que no se puede colegir que tenga dicha condición, ni que tenga rango constitucional (Voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini, fundamento 3).</p> <p>Para que el Convenio 169 de la OIT hubiera incorporado un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación debió haberse realizado siguiendo el procedimiento establecido para reformar la Constitución. No es posible incluir derechos fundamentales en la Constitución de otro modo (Voto singular del magistrado Sardón de Taboada, párrafo 8).</p>	<p>El 07 de septiembre de 2011, se publica en el diario Oficial El Peruano, la Ley N° 29785, la cual se interpreta de acuerdo con lo establecido por el Convenio 169 OIT, esto significa que el Estado peruano, incorporo los derechos provenientes del referido convenio en nuestro ordenamiento, asignándole un rango legal, desconociendo la reiterada jurisprudencia del TC, que le asignaba un rango constitucional.</p> <p>Si bien, se tratan de votos singulares, dicha postura constituye el inicio del cambio jurisprudencial del TC, con respecto de los derechos que el Convenio 169 OIT reconoce a favor de los pueblos indígenas.</p>

Nota: Elaboración propia

3.2.6 PLENO. SENTENCIA 27/2022 (STC 03066-2019-PA/TC) – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal

Constitucional del Perú, 2022)

Tabla 6

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Demandante: Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara</p> <p>Demandado: Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y el Ministerio de Energía y Minas (MEM)</p> <p>Tipo de Proceso: Proceso de amparo.</p> <p>Sentencia: Improcedente la demanda</p>	<p>Nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A., debido a que se superponen sobre territorio de propiedad de la comunidad de Chila Chambilla.</p>	<p>Derecho a la consulta- Convenio 169 OIT</p> <p>El derecho a la consulta previa no está contemplado en la Constitución, de manera expresa o tácita, siendo esto así, no es posible su tutela mediante el proceso de amparo, al no ser un derecho fundamental (fundamento 3).</p> <p>El derecho a la consulta previa deriva del Convenio 169 OIT, el mismo que no le confiere la condición de derecho fundamental, por lo que no se puede colegir que tenga dicha condición, ni que tenga rango constitucional (fundamento 4).</p>	<p>El cambio en la línea jurisprudencial de Tribunal constitucional ha producido que las decisiones que motivaron la referida línea jurisprudencial puedan ser consideradas como costumbre jurídica, ya que cuenta con el elemento material o usus, consistente en la ejecución general, constante, frecuente, uniforme y pública de una determinada conducta y, el elemento espiritual u opinio, conformado por la conciencia de obligatoriedad (Aguilo et al., 2015, p. 1042).</p>

Nota: Elaboración propia

3.2.7 PLENO. SENTENCIA 461/2023 (EXP. 00151-2021-PA/TC) – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2023)

Tabla 7

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Demandante: Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (ORPIO) y la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas-SL (Corpi SL).</p> <p>Demandado: Ministerio de Energía y Minas (Minem) y Proinversión.</p> <p>Tipo de Proceso: Proceso de amparo.</p> <p>Sentencia: Improcedente la demanda</p>	<p>Nulidad de la Resolución Ministerial N° 213-2011-MEM-DM; Nulidad del acuerdo de consejo directivo de Proinversión de fecha 07 de julio de 2011 ; Nulidad del Contrato de Concesión de Sistema Garantizado de Transmisión del Proyecto “Línea de Transmisión 220KV Moyobamba- Iquitos y Sub estaciones Asociadas”</p>	<p>Convenio 169 OIT</p> <p>El derecho a la consulta previa y el derecho a la participación si bien son conexos, tienen diferencias (fundamento 41). Agrega, por el primero, la opinión de los pueblos indígenas debe de ser tomada en cuenta antes de tomarse una decisión que les afecte; mientras, el segundo hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación, ambos derechos regulados por el Convenio 169 OIT (fundamento 42).</p> <p>Al aplicar el Test de la distintividad, se reconoce que el derecho de participación se encuentra contemplado en el Convenio 169 OIT, pero que a la fecha solo se ha desarrollado de forma legal el derecho a la consulta previa (fundamento 64).</p>	<p>La presente sentencia pone en evidencia, el Convenio 169 OIT contiene una serie de derechos fundamentales a favor de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación, derecho continente que puede albergar el derecho a la libre determinación, propiedad comunal, recursos naturales, libertad religiosa e identidad cultural. Agrega, que solo el primero de ellos se encuentra reconocido por el ordenamiento jurídico, como norma legal, por lo que en la parte decisoria exhorta al Congreso que legisle sobre el derecho de participación de los pueblos indígenas; vacío normativo que demuestra los derechos humanos provenientes del Convenio 169 OIT, no se encuentra garantizados.</p>

Nota: Elaboración propia

3.2.8 PLENO. SENTENCIA 290/2024 (EXP. 02783-2021-AA/TC) – Matriz de análisis jurisprudencial (Tribunal Constitucional del Perú, 2024)

Tabla 8

DATOS GENERALES	PRETENSIÓN	DERECHOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES	CRÍTICA
<p>Demandante: Comunidad Campesina de Maure.</p> <p>Demandado: Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (Midagri), Autoridad Nacional del Agua (ANA).</p> <p>Tipo de Proceso: Proceso de amparo.</p> <p>Sentencia: Improcedente la demanda</p>	<p>Tutela de derechos fundamentales a la consulta previa, libre e informada, al consentimiento, al territorio y a la propiedad comunal; a la autonomía y a la autodeterminación; a utilizar las aguas existentes o que discurren por el territorio comunal, así como sobre las cuencas de donde nacen dichas aguas; al uso y disfrute de los recursos naturales que garantizan su subsistencia; al modelo de desarrollo y al proyecto de vida colectivo; a la vida digna de los pueblos indígenas y al medio ambiente equilibrado y adecuado.</p>	<p>Convenio 169 OIT</p> <p>El derecho fundamental a la consulta se encuentra regulado por la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y cuyo reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo 001-2012-MC (fundamento 14).</p> <p>Es clara la fuerza vinculante de dicho convenio en nuestro ordenamiento jurídico, considero que de ello no se pretende que tal instrumento internacional ostente formalmente rango constitucional (Fundamento de voto del magistrado Morales Saravia)</p>	<p>El TC considera que en nuestro ordenamiento jurídico solo se encuentra reconocido como derecho fundamental el derecho a la consulta previa, proveniente del el Convenio 169 OIT a favor de los pueblos indígenas.</p> <p>Ello contraviene lo resuelto por el propio tribunal en decisiones anteriores, a la jurisprudencia internacional sobre derechos de los pueblos indígenas y al espíritu del propio convenio, toda vez que el derecho a la participación de dichos colectivos, derecho a la libre determinación, propiedad comunal, recursos naturales, territorio, identidad cultural, forman parte de los derechos humanos de dichas minorías</p>

Nota: Elaboración propia

3.3. El enfoque intercultural de los derechos humanos, como forma de respeto a la formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas.

3.3.1. La concepción de derechos humanos

Los derechos humanos han sido concebidos bajo los preceptos culturales de occidente. La idea de derechos humanos responde a una concepción liberal, en la cual prevale la persona humana, como sujeto de derechos. Peces- Barba Martinez (2004) señala que se puede ubicar ideas de dignidad, libertad e igualdad en autores clásicos, pero estas no se consolidaron. Por ello, considera, que los orígenes de la idea de derechos humanos surgen con el paso a la modernidad, específicamente, en el Renacimiento, bajo la influencia del racionalismo, la secularización, el naturalismo y el individualismo, ideas desarrolladas en Occidente por corrientes filosóficas, como el lusnaturalismo.

Desde el lus naturalismo, se señala que los derechos humanos son aplicables al hombre por el sólo hecho de serlo, siendo su naturaleza racional, el elemento que sustenta la dignidad humana, lo cual permite esbozar su carácter universal, en mérito, a la razón, como elemento común de todos los hombres (Uribe & Roig, 2003, pág. 87).

Estas ideas, están presente en la Declaración de 1789, señalando que los derechos humanos son naturales, inalienables e iguales para todos, derivando su universalidad de dichos elementos.

Peces- Barba (1994) considera que dicha declaración constituye un esquema político y constitucional de la modernidad, siendo lo trascendente la concepción de universalidad de los derechos; más que una declaración de derechos.

Contra el carácter universal de los derechos humanos, concebidos bajo los preceptos de la cultura occidental, surge el relativismo que señala el concepto de derechos humanos es producto de la cultura occidental, en un determinado tiempo, por lo que su influencia sobre las demás culturas ajenas a la occidental es limitada.

3.3.2 Las formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas

Las formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas, se rigen por la autodeterminación o libre determinación, el uso ancestral de sus tierras y recursos, la identidad cultural, las cuales difieren de los adoptados por los pueblos con influencia de la cultura occidental.

A diferencia de la cultura occidental, en los pueblos indígenas, prevalece la idea del colectivo, sobre lo individualidad, quienes tienen una cosmovisión o manera de ver el mundo, sobre la base del conjunto y a su sentido de comunidad aplicada al grupo (Baptista 2015, pág. 22).

En relación a la universalidad, Peces- Barba, cita a Sebrelí, "la idea de humanidad y universalidad de la historia surge en un lugar

determinado de Europa, y en una época determinada, los siglos XVIII y XIX..." (Peces-Barba, 1994, p. 620), sumándose a ello, el hecho que los pueblos indígenas, a causa del colonialismo europeo, estaban sometidos al poder de los imperios de la época, por lo que, no participaron en los debates que dieron lugar a la idea de derechos humanos.

Luego, reseña a Levy Strauss: "...ninguna fracción de la humanidad dispone de fórmulas aplicables al conjunto y que una humanidad confundida en un género de vida único es inconcebible porque sería una humanidad cosificada" (Peces-Barba, 1994, p. 620), ya que lo contrario, sería desconocer la identidad cultural de los diversos pueblos, en especial de los pueblos indígenas.

Sobre la necesidad de reconocer los derechos humanos de los pueblos, desde su particular cosmovisión, tenemos instrumentos internacionales como: los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Convenio 169 OIT (1989), Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas (2007).

Los referidos instrumentos internacionales, en especial las declaraciones, tienen fuerza moral, más no son de exigencia jurídica a los Estados parte de las Naciones Unidas, por lo que se requiere de la actividad estatal, para el reconocimiento de dichos derechos. Por lo que para una efectiva protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, se deben de tener en

consideración las formas políticas, administrativas y culturales de los pueblos indígenas, las cuales difieren de la cultura occidental.

3.3.3 El enfoque intercultural de los derechos humanos

El enfoque intercultural busca la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En la concepción del contenido y naturaleza de los derechos humanos, no han participado y, por tanto, no se ha considerado los preceptos culturales de los pueblos indígenas, se requiere de un nuevo tratamiento de estos derechos, a fin de hacer efectivo los derechos humanos, que diversos instrumentos internacionales, les reconocen a los referidos colectivos.

Frente al Universalismo y el Relativismo, surge el enfoque intercultural de los derechos humanos, el cual busca superar el debate entre las dos corrientes filosóficas, favoreciendo el dialogo intercultural, en el primero y aplicando criterios procedimientos interculturales para abordar el segundo.

Al respecto, de Sousa Santos (2012) señala que el concepto de dignidad, fundamental, para la concepción de derechos humanos de occidente, no es considerado como fundamental, para otras culturas, por lo que se debe de identificar las aspiraciones o preocupaciones recurrentes entre ellas. Mientras, que para otras culturas existe diferentes versiones de dignidad, con conceptos amplios, variando el círculo de reciprocidad.

Agrega, el referido autor, que las culturas tienen una concepción incompleta, al existir una pluralidad de ellas y, que esta incompletitud, es evidente bajo la perspectiva de otra cultura; por lo que para la elaboración de una concepción multicultural de los derechos humanos esta incompletitud debe de ser resaltada.

La distribución de las personas y grupos sociales varía de acuerdo a cada cultura, en atención a la jerarquía entre entes iguales. Así como, la separación entre iguales y diferencias, por lo que concluye que no todas las igualdades son idénticas ni todas las diferencias son desiguales.

Concluye, que los postulados del diálogo intercultural propuestos, permitirían encontrar una concepción, que denomina mestiza, de los derechos humanos, sin falsos universalismos y bajo un repertorio de conceptos locales de mutua comprensión.

En ese sentido, la idea fundamental de reconocer que no existe una sola cultura, sino una diversidad de ellas, es esencial. De manera que, valorar esta diversidad implica entender que cada cultura tiene una visión parcial, que solo se comprende por completo desde el punto de vista de otra cultura. Esta noción resalta la importancia de aceptar la incompletitud cultural y considerarla como un recurso valioso en la formación de una concepción multicultural de los derechos humanos.

Frente al enfoque intercultural de los derechos humanos, se puede oponer la universalidad de los derechos humanos, el cual propugna

que los derechos son universales para todos los hombres, en todos los tiempos y espacios.

3.3.4 Universalidad de los derechos humanos

La idea de universalidad de los derechos humanos busca la protección de todas las personas, sin perjuicio de su nacionalidad, sexo, idioma, etc. Según, Peces-Barba Martínez (1994), la universalidad de los derechos humanos, lo podemos entender desde tres perspectivas o planos: el plano lógico, donde todos los seres humanos tienen la titularidad, siendo sus características, la racionalidad y la abstracción.

Desde el plano temporal, sus rasgos son el carácter racional y abstracto, con prescindencia del tiempo y aplicables para toda etapa de la historia. Por plano espacial, se puede entender como la irradiación de los conceptos de los derechos humanos a toda forma de organización política, sin distinción alguna.

La Declaración de 1789, señala que los derechos humanos son naturales, imprescriptibles, inalienables e iguales para todos, derivando su universalidad de dichos elementos. Peces-Barba Martínez (1994) considera que dicha declaración constituye un esquema político y constitucional de la modernidad, siendo lo trascendente la concepción de universalidad de los derechos; más que una declaración de derechos.

Para Bobbio (1991), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, constituye la tercera fase, de lo que denomina

la historia de las declaraciones de derechos humanos. Se caracteriza porque los derechos humanos son universales y positivos. Es universal, porque todos los hombres, son los beneficiarios de los principios señalados en dicho instrumento internacional, sin distinción del Estado al cual pertenecen. Es positiva, porque los derechos no solo son enunciados o reconocidos idealmente, sino que activa procesos mediante los cuales deben de ser reconocidos, incluso contra la actividad que pueda desplegar el Estado.

En contra de este postulado, tenemos el relativismo cultural y el enfoque intercultural de los derechos humanos, los cuales comparten la existencia de la diversidad cultural, la cual no ha sido tomada en consideración en la formación de los conceptos de los derechos humanos. En consecuencia, para lograr la universalidad de los derechos humanos, en el caso de los pueblos indígenas, se debe de adoptar el enfoque intercultural.

3.3.5 Constitucionalización de los derechos humanos

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se ha producido la constitucionalización de los derechos humanos. Como consecuencia de las atrocidades cometidas por los regímenes totalitarios europeos, en la primera mitad del siglo XX, se evidenció que la ley no era la mejor forma de protección de los derechos fundamentales de las personas, debido a que dichos excesos fueron cometidos por gobiernos elegidos democráticamente.

En este contexto, se plantea la Constitución como garantía de la división de poderes y de los derechos, concediéndole un carácter rígido, el cual significa:

“...el reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control de las leyes por parte de tribunales constitucionales” (Ferrajoli, 2010,pág. 29).

Agrega, antes de este concepto, existían constituciones, pero que éstas, eran entendidas o concebidas como documentos políticos o leyes comunes, sin que constituyeran vínculos rígidos frente al legislador.

Los derechos fundamentales que son reconocidos en la Constitución:

“son efectivamente derechos subjetivos, pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos” (Tribunal Constitucional, STC Exp.

03343-2007-PA/TC, fundamento 6).

La Constitucionalización de los derechos humanos surge a nivel internacional con la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, a nivel de derechos humanos en general y, específicamente, con relación a los derechos humanos de los pueblos indígenas, tenemos el Convenio 169 OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

3.3.6 Derechos Humanos de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas tienen derechos humanos y no se encuentran constitucionalizados. La Convención 169 de OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, ratificado por el Congreso Constituyente Democrático, mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada en el diario oficial El Peruano, el 05 de diciembre de 1993. El referido instrumento internacional, constituyó la respuesta internacional para la protección de los pueblos indígenas, en ella se establecen principios y normas a favor de dichas minorías.

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional cuando dicto sentencias sobre el derecho de los pueblos indígenas proveniente del Convenio 169 OIT, señalo que dicho instrumento internacional tenía rango constitucional, como es de observarse en el Exp. 03343-2007-PA/TC, Exp. 0022-2009-PI/TC, Exp. 05427-2009-PC/TC, siendo el fundamento común, en estas resoluciones, su

propia jurisprudencia, de que "...nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y que por tanto, forma parte del parámetro de constitucionalidad, en materia de derechos y libertades" (Tribunal Constitucional, STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 31)

Posteriormente, el Tribunal Constitucional cambia su criterio, con respecto al rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, señalando en la STC 03066-2019-PA/TC (votos singulares de los magistrados Ernesto Blume Fortini y Sardón de Taboada) que el referido convenio no otorga derecho fundamental, por no tener rango constitucional. En similar sentido, en la STC 03066-2019-PA/TC, por mayoría, se resuelve que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución y, que el derecho a la consulta previa, que proviene del citado convenio no le confiere la naturaleza de derecho fundamental, ni rango constitucional. Finalmente reconoce que solo el derecho a la consulta previa es el único derecho fundamental que contiene el Convenio 169 OIT, desconociendo la doctrina jurisprudencial previa del Tribunal Constitucional.

Contra la premisa propuesta, se podría oponer la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con respecto a que los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por lo que no sería necesario que el derecho de los

pueblos indígenas sea reconocido expresamente en la Constitución. Al respecto, conforme lo ha resuelto el máximo intérprete de la Constitución, solo el derecho a la consulta previa proveniente del Convenio 169 de la OIT, constituye un derecho fundamental, desconociendo a los demás derechos que conforman el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (autonomía, tierras y recursos, entre otros), no ostentan rango constitucional, por lo que no le es aplicable, la referida disposición constitucional. Ante ello, surge la necesidad de que los derechos humanos de los pueblos indígenas deben de ser constitucionalizados.

3.4 Los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia, la costumbre internacional y nacional como sustentos para el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

3.4.1 Naturaleza jurídica del Convenio 169 OIT

El Convenio 169 OIT, reconoce derechos humanos a los pueblos indígenas, el cual es obligatorio para los países parte, luego de ser ratificados.

El citado instrumento legal reconoce a favor de los pueblos indígenas, el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, siendo uno de sus componentes, el derecho a la consulta previa sobre medidas legislativa o administrativas que les afecten.

El Convenio 169 OIT, recoge en sus disposiciones, ideas sobre multiculturalismo e interculturalidad. El primero de ellos, referido a la existencia de diversas culturas dentro de un Estado, las cuales coexisten y se respetan; mientras que el segundo, se refiere a la interacción de dichas culturas, entre sí, para la búsqueda de nuevas expresiones culturales, sociales o políticas. Es por ello, que en dicho instrumento internacional, se aprecian disposiciones sobre Pluralismo Jurídico, entendido como un mandato dirigido a los países, para la implementación de regímenes jurídicos especiales para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), en el numeral 2 define al tratado como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"; mientras que considera a la ratificación como "el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace contar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado".

3.4.2 Ratificación del Convenio 169 OIT

El Convenio 169 OIT fue ratificado por el Perú. Conforme a lo establecido por el artículo 56º de la Constitución Política, la Convención 169 de OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en

países independientes, fue ratificado por el Congreso Constituyente Democrático, mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada en el diario oficial El Peruano, el 05 de diciembre de 1993, el instrumento de ratificación es del 17 de enero de 1994, mientras que el depósito data del 02 de febrero de 1994, siendo vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995; por lo que al haberse cumplido con el procedimiento establecido por la Constitución, forma parte del derecho nacional, conforme a lo establecido en el artículo 55° de la Carta Fundamental. En consecuencia, el Perú está obligado a reconocer constitucionalmente los derechos humanos de los pueblos indígenas, contenidos en el Convenio 169 OIT.

3.4.3 Fuentes del derecho internacional

En el Derecho Internacional, la jurisprudencia y la costumbre internacional son fuente de derechos. La jurisprudencia de órganos o cortes internacionales (mundiales y regionales) sobre derechos de los pueblos indígenas y la costumbre internacional es la manifestación de actos realizados por entes internacionales y usualmente aceptados por aquellos como derecho, definición que se colige del artículo 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En dicho sentido, se evidencia, que la costumbre internacional tiene dos elementos: a) material, consistente en actos reiterados o hechos persistentes y similares, efectuados por los sujetos del

derecho internacional y, b) espiritual, referido al convencimiento de estos sujetos, que se trata de un accionar que representa un deber jurídico (Diez de Velasco Vallejo, 2013, p. 136). Ambas fuentes sirven de sustento para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169 OIT

3.4.4 La costumbre internacional

Algunos países han realizado actos de reconocimiento constitucional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. La costumbre internacional ha jugado un papel significativo en el desarrollo del reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas, especialmente a través de actos y tratados que refuerzan el respeto por la autodeterminación y la preservación de sus culturas. Diversos países, a lo largo de los años, han adoptado en sus constituciones el reconocimiento de los derechos indígenas, influenciados por las normas y prácticas internacionales establecidas por organizaciones como las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

A través del reconocimiento de derechos como la consulta previa, el respeto a las tierras ancestrales y la autonomía, varios Estados han alineado sus normas internas con los estándares internacionales, lo que evidencia la influencia de

la costumbre en la constitucionalización de estos derechos. Este proceso refleja cómo la práctica reiterada de los Estados y el desarrollo de una opinión juris sobre el valor intrínseco de los derechos indígenas contribuyen a la consolidación de normas de Derecho Internacional consuetudinario.

La costumbre internacional es una fuente relevante para el reconocimiento constitucional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. A través de la práctica estatal y la creciente aceptación de estándares internacionales, muchos países han incorporado en sus constituciones derechos indígenas, confirmando que la costumbre internacional actúa como un motor de cambio jurídico y de garantía de estos derechos fundamentales.

3.4.5 La costumbre nacional

La costumbre nacional se forma por actos o decisiones de los órganos del Estado, que de forma reiterada actúan o deciden sobre un asunto o derecho, que no está expresamente normado. Es una fuente indirecta del derecho que surge a partir de la repetición constante de conductas u omisiones por parte de los órganos del Estado, lo que genera una convicción jurídica de obligatoriedad. Esta práctica se vuelve vinculante cuando el Estado, a través de sus instituciones, actúa de manera coherente en situaciones no reguladas específicamente por una norma jurídica.

Este tipo de costumbre, a diferencia de la costumbre internacional, opera dentro del ámbito interno de un país y puede influir en la interpretación de los derechos y las obligaciones, complementando el marco legal existente. Un ejemplo relevante es la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en algunos países donde, antes de su formal regulación, los órganos del Estado ya reconocían este derecho a través de prácticas reiteradas y coherentes con los principios internacionales de derechos humanos.

La costumbre nacional, formada a través de prácticas reiteradas de los órganos del Estado en ausencia de una normativa explícita, es una fuente importante de derechos. Estas prácticas contribuyen a la creación de normas jurídicas que, si bien no están escritas, pueden tener un impacto significativo en la interpretación y aplicación de los derechos, en este caso, de los derechos de los pueblos indígenas.

3.4.6 Sentencias del tribunal constitucional

El Tribunal Constitucional, en las sentencias dictadas entre los años 2007 al 2018, sobre derechos de los pueblos indígenas, han reconocido con rango constitucional al Convenio 169 OIT, sin que existe mandato constitucional expreso. Como elemento de la costumbre nacional, encontramos a la costumbre constitucional¹⁹,

¹⁹ Pleno Jurisdiccional, Exp. 047-2004-AI/TC, fundamento 40

la cual tiene un mayor alcance que las decisiones de los órganos jurisdiccionales, ello debido a la complejidad de la organización estatal, la cual no puede ser regulada en su totalidad por el legislador, por lo que en atención a lo establecido en el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política, no se puede dejar de impartir justicia por ausencia o defecto legal, por lo que se recurre el derecho consuetudinario, la costumbre. Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, sobre derechos de los pueblos indígenas, entre los años 2007 al 2018, constituyen costumbre nacional, específicamente costumbre constitucional.

3.5 La interculturalidad, como interacción de la cultura de los pueblos indígenas con la cultura predominante en el país, para el desarrollo de sociedades inclusivas.

3.5.1 Pluralismo jurídico

El Pluralismo jurídico permite la coexistencia de múltiples sistemas normativos dentro de una sociedad, siempre que no afecten a la Constitución. La corriente del Iusnaturalismo Racional y del Positivismo tienen en común, que reconocen a una única fuente como generadora de derechos, en el primero de los nombrados esta dado por la naturaleza humana, en el cual no participa el hombre y que es cognoscible a través de la razón, siendo la razón del derecho "de origen metafísico, racional; identificándose a su vez, como su carácter teleológico a la justicia. Lo justo o injusto se deduce entonces, del ordenamiento "natural", siendo tal proceder para el iusnaturalista, de carácter racional". (Rengifo Carlos, Wong

Eduard, Posada Jorge, 2013, p. 29)

En el caso, del segundo de los nombrados, es la ley, emanada del soberano o autoridad competente, quien emite las prescripciones normativas

“Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Solo puede tener validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales” (Kelsen, 2008)

Esta concepción de una sola fuente como generadora de derechos, es la base del monismo jurídico, entendida, como la presencia excluyente de un sistema jurídico al interior del Estado, con una consecuente única normatividad de cumplimiento general.

Como Pluralismo Jurídico, debemos de entender como “la posibilidad de que coexistan, en un mismo ente territorial (contexto espacio temporal), distintos enunciados normativos y con estos, una pluralidad de sistemas jurídicos; es decir, enunciados legales adecuados o correspondientes a un mundo real-hecho” (Rengifo Carlos, Wong Eduard, Posada Jorge, 2013, p. 23).

Esta corriente de pensamiento, busca superar las limitaciones del monismo jurídico, mediante la elaboración de una base normativa,

que teniendo en consideración el contexto y las tradiciones culturales de las comunidades, en especial de los pueblos indígenas, asegure la continuidad de las formas de vida de dichos pueblos, lo que no significa que se avale, que sus conductas puedan transgredir el marco constitucional.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 19, reconoce la pluralidad cultural de la Nación, es decir la diversidad cultural de los integrantes del Estado, dentro de los cuales se encuentran los pueblos indígenas, cuyos usos ancestrales deben de ser incorporado en el ordenamiento nacional

3.5.2 Derechos humanos de los pueblos indígenas

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos de los pueblos indígenas es reconocido en Convenios, Declaraciones Internacionales sobre derechos humanos y, específicamente, sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, por lo que no contraviene la Constitución.

Dentro de las fuentes internacionales para el reconocimiento expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, se destaca el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce la autonomía de estos pueblos sobre sus territorios, costumbres y formas de organización. Este instrumento internacional, ratificado por el Perú, tiene fuerza

vinculante y obliga al Estado a respetar las estructuras sociales, culturales y políticas de los pueblos indígenas. Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas refuerza estos derechos, subrayando su autonomía y capacidad de decidir sobre sus propios asuntos. Al tener rango supranacional, estos tratados no contravienen la Constitución, sino que complementan el marco jurídico nacional, integrando los derechos colectivos de los pueblos indígenas a la normativa interna.

Además, el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas dentro de la Constitución se sustenta en el principio de igualdad y no discriminación, garantizando el respeto de su identidad cultural. La Constitución peruana, en su artículo 2, inciso 19, no solo reconoce la pluralidad cultural de la Nación, sino que también establece que los derechos de estos pueblos deben estar protegidos en coherencia con las normas internacionales. Este marco garantiza que el respeto por la autodeterminación de los pueblos indígenas no es una amenaza a la unidad del Estado, sino una manifestación de su compromiso con el pluralismo jurídico y el respeto de los derechos fundamentales.

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, derivado de instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU, se enmarca dentro de los postulados del pluralismo jurídico. Este enfoque permite la coexistencia de sus costumbres y formas de

organización sin contradecir la Constitución, fortaleciendo la inclusión de estos derechos en el orden jurídico nacional.

3.5.3 Interculturalidad

La interculturalidad respeta la diversidad cultural, busca sociedades inclusivas y diversas, se fundamenta en el respeto y reconocimiento de la diversidad cultural como un valor esencial para la convivencia pacífica y el desarrollo social. En un contexto donde diversas comunidades coexisten, la interculturalidad promueve un diálogo activo entre diferentes grupos culturales, permitiendo la construcción de un espacio donde las identidades y tradiciones se valoren y se integren en la vida social. A través de la interculturalidad, se eliminan estigmas y prejuicios que a menudo marginan a grupos minoritarios, generando un entorno más equitativo acorde a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De esta forma, la interculturalidad no se limita a un simple reconocimiento de la diversidad, sino que se convierte en un proceso dinámico que busca construir sociedades más justas y equitativas.

Es por ello, que la interculturalidad es un medio para lograr el pluralismo jurídico, mediante el respeto y protección de la diversidad cultural para la búsqueda de sociedades inclusivas, asegurando que los derechos humanos de los pueblos indígenas proveniente del Convenio 169 OIT y reconocidos por la línea jurisprudencial que tuvo el TC, hasta antes de la dación de la Ley

N.º 29785, sean integrados en el ordenamiento constitucional, garantizando de esa forma una mayor equiparación y tutela de los mismos por parte del Estado.

El aporte de la interculturalidad para lograr el pluralismo jurídico que propugna (Iannello, 2015) se da a través del diálogo intercultural para establecer las pautas de interpretación que sintonicen en una misma frecuencia a las diferentes lenguas de las culturas, a fin de encontrar elementos culturales afines entre ellas, para el desarrollo de normas, instituciones legales que estén impregnados de elementos comunes a las culturas participantes del diálogo cultural.

CAPITULO IV: PROPUESTA NORMATIVA PARA EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

4.1 Exposición de motivos

En el Perú, de acuerdo con la información del INEI (2022), se reportan 55 pueblos indígenas, 51 ubicados en la Amazonía y 04 en los Andes (Ministerio de Cultura, 2022); mientras que 5 771 885 ciudadanos peruanos se autoidentificaron como indígena u originario de los andes, de acuerdo a los resultados del Censo Nacional 2017: XII de Población, VII de Vivienda, III de Comunidades Indígenas.

En el contexto de la conquista y colonización de América, los pueblos indígenas fueron desposeídos de las tierras y recursos, que venían conduciendo desde tiempos ancestrales. Tras la emancipación de las colonias, la subordinación de los pueblos indígenas persistió en los Estados independientes, situación que se materializó en las constituciones liberales, dictadas en la época republicana. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se reconocen a los derechos humanos, entre ellos, a los denominados derechos de la solidaridad, conocido también como derechos de los pueblos. Entre dichos derechos, tenemos, entre otros: a) La autodeterminación y, b) el derecho de los pueblos indígenas.

El derecho a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, de acuerdo con Bobbio (2015) tiene sus raíces en la revolución francesa y es producto del proceso de descolonización, encontrándose las primeras normas internacionales específicas, en la carta fundacional de las Naciones

Unidas, como principio fundacional y, en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, en la cual se proclama entre otros asuntos, que cualquier forma de subordinación de un pueblo o explotación extranjera es una negación a los derechos fundamentales y contraria a las normas de las Naciones Unidas y que, “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1960).

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989; constituye la respuesta internacional para la protección de dichos pueblos, siendo el instrumento que establece principios y normas a favor de las comunidades indígenas (OIT, 1989). Dicho instrumento legal, fue ratificado en el Perú, por el Congreso Constituyente Democrático, mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada en El Peruano el 05 de diciembre de 1993. El citado instrumento internacional reconoce a favor de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación, siendo uno de sus componentes, el derecho a la consulta previa sobre medidas legislativas o administrativas que les afecten. Así, este convenio, representa el acuerdo internacional para proteger las culturas, tradiciones y derechos esenciales de las comunidades indígenas.

El Estado Peruano incorpora en el ordenamiento jurídico nacional, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169-OIT,

mediante la Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de setiembre de 2011.

El objeto de dicha disposición legal es normar el derecho a la consulta previa, desarrollando su contenido, los principios y el procedimiento aplicable a ella, con respecto a las medidas legislativas o administrativas que directamente afecten a los pueblos indígenas u originarios (Ley N.º 29785, 2011).

El legislador al momento de incorporar los derechos provenientes del citado instrumento internacional, lo realizó de forma parcial y asignándole una naturaleza legal, sin tener en consideración la legislación internacional sobre derechos humanos, en especial, la referida a los derechos humanos de los pueblos indígenas; la doctrina jurisprudencial y costumbre internacional y nacional sobre derechos de los pueblos indígenas, desconociéndose la naturaleza de fuente de derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Finalmente, el Tribunal Constitucional en base a la legislación vigente, ha resuelto que el Convenio 169 OIT no es fuente de derechos fundamentales a favor de los pueblos indígenas.

El vacío normativo, antes descrito, coloca a los pueblos indígenas en un estado de vulneración y desprotección de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional por el Convenio 169 de la OIT, los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas, los fallos de los tribunales internacionales y regionales, la costumbre internacional y nacional. En dicho contexto, la presente propuesta de reforma constitucional pretende reconocer como derecho fundamental el

derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como medio para reconocer, promover, proteger y garantizar el ejercicio de los citados derechos frente a las acciones del Estado y de terceros contra dichos pueblos.

4.2 Análisis costo beneficio

La propuesta legislativa no irroga gasto al Erario Nacional y, por el contrario, al reconocerse como derecho constitucional la libre determinación de los pueblos indígenas, se beneficia a 55 pueblos indígenas, de los cuales 51 están ubicados en la región amazónica y 04 en la región andina. Este reconocimiento permitirá que dichos colectivos vean garantizados constitucionalmente sus formas ancestrales de organización política, económica, social y cultural, dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho y, en caso de vulneración, puedan accionar, mediante los procesos constitucionales, para el cese y restitución sus derechos.

4.3 Efecto de la norma en la legislación nacional

La reforma constitucional propuesta no vulnera la normatividad vigente, constituyendo, el reconocimiento constitucional, materia de iniciativa legislativa, el cumplimiento de mandatos provenientes Organismos internacionales, al cual el Perú está adscrito, como miembro. Tal, es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

Indígenas, los cuales reconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos como derecho fundamental.

4.4 Relación de la iniciativa con las políticas de estado del Acuerdo Nacional

La presente propuesta normativa tiene incidencia directa con las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional, específicamente:

Política 01: Fortalecimiento de la democracia y Estado de derecho.

Política 02: Desarrollo con equidad y justicia social.

Política 11: Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación.

4.5 Formula normativa

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL ARTÍCULO ... DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ QUE RECONOCE EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Artículo 1º Objeto de la Ley

Es objeto de la presente Ley, que el Estado Peruano reconozca y garantice el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

Artículo 2º Incorporación del artículo en la Constitución Política del Perú

Incorpórese el artículo ... de la Constitución Política del Perú, conforme al siguiente texto:

“El Estado Peruano reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como derecho fundamental. Este derecho comprende el enfoque intercultural de las formas ancestrales de organización social, económica, política, cultural, los cuales se ejercerán con respeto al orden constitucional y se interpretarán de acuerdo a la Constitución, Tratados Internacionales, sentencias, dictámenes de órganos internacionales de los cuales el Estado Peruano sea miembro.

Mediante ley de desarrollo constitucional, el Poder Legislativo desarrollará el contenido y procedimientos para el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas”

CONCLUSIONES

1. En la presente investigación, de carácter propositivo, se ha logrado identificar los fundamentos que sustentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, mediante el uso del método explicativo- causal, se determinó que los mismos están conformados por: a) el enfoque intercultural de los derechos humanos de los pueblos indígenas; b) los tratados internacionales y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, específicamente los relacionados a los pueblos indígenas; la jurisprudencia y la costumbre internacional y nacional y, c) la interculturalidad. Fundamentos que permiten realizar una propuesta de reforma constitucional para la eficacia de los derechos humanos reconocidos por el Convenio 169 OIT.

2. Los derechos humanos son concebidos como universales, debido a su fuerte influencia occidental, en la cual se ensalza el individualismo; sin embargo, estos ideales, al ser aplicados a los pueblos indígenas u originarios, de naturaleza colectiva, demuestran deficiencias, que pueden ser superadas adoptando un enfoque intercultural de los derechos humanos, en especial de los pueblos indígenas u originarios.

3. Las fuentes del derecho internacional que fundamentan el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, está dado por los tratados internacionales, entre ellos: la Carta Fundacional de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, el Convenio 169 OIT, en los que se desarrolla el derecho a la libre determinación de los pueblos. En su versión externa sirvió a los pueblos o naciones conquistadas o colonizadas para

gestar su independencia política de las potencias que los avasallaban. Este derecho en su versión interna, tomada para la presente investigación, busca que los pueblos indígenas u originarios gestionen sus territorios y recursos de acuerdo a sus ancestrales formas de vida, sin que ello implique desconocer el ordenamiento nacional vigente, como expresión de igualdad y respeto de su diversidad cultural. La jurisprudencia internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, constituyen fuente de dichos derechos, entre ellos el caso del pueblo Saramaka vs Surinam.

Asimismo, costumbre internacional y nacional, conformada la primera de ellas por las decisiones políticas y administrativas de los países para implementar los derechos provenientes del Convenio 169 OIT, mientras que la segunda está dada, entre otros, por decisiones del TC en: STC 03343-2007-PA/TC, STC 0022-2009-PI/TC, 05427-2009-PC/TC, STC 1126-2011-HC/TC, bajo la denominada costumbre constitucional.

4. Los estados modernos, en su mayoría, han sido formados incluyendo varias naciones dentro de ella, entendiéndose a la nación, como el grupo o grupos humanos que comparten, entre otros aspectos, idioma y cultura. A partir de la revolución francesa surge el modelo de Estado- Nación, por el cual a cada Estado le corresponde una Nación, para lograr ello los gobiernos tomaron medidas político- administrativas para adoptar un idioma y cultura común para toda su población, es decir para todos los habitantes del Estado, sin tener en consideración el idioma y cultura de los demás pueblos que de forma minoritaria conformaban dicho Estado.

Esta situación, de imposición de un idioma y cultura mayoritaria, sobre la cual se han erigido las políticas públicas, instituciones, servicios educativos y demás prestaciones del Estado hacia sus ciudadanos, con el tiempo ha provocado, que las naciones o pueblos con idioma y cultura minoritaria, en específico, los pueblos indígenas, ante la insuficiencia del Estado, para promover, proteger y hacer eficaces sus derechos, provenientes de sus formas ancestrales de vida pretendan el reconocimiento de sus derechos.

Ante ello, surge la interculturalidad, la cual parte de la multiculturalidad, entendida esta, como el reconocimiento de distintas culturas dentro de un Estado y del respeto entre ellas, pero va que más allá, al tener al dialogo, en este caso intercultural, como vía, para la interacción en igualdad de condiciones entre culturas, con la finalidad de que la cultura ancestral con la que se formaron los pueblos indígenas, dentro de los límites constitucionales, sea tomada en consideración para reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, situación que se enmarca dentro del pluralismo jurídico.

5.- Los derechos de los pueblos indígenas, provenientes del Convenio 169 OIT, han sido incorporados en el ordenamiento nacional, mediante la Ley N.º 29785 y su reglamento, otorgándoles el legislador un rango legal a dicho derechos, sin tener en consideración el legislador, la línea jurisprudencial del TC, que hasta antes, de dicho acto, reconoció que el Convenio 169 OIT, contaba con rango constitucional; situación que provoca que los derechos humanos reconocidos en el citado instrumento internacional no cuenten con garantía constitucional, tal como se aprecia en el Exp. 03066-2019-PA/TC, por lo que, para que dichos derechos sean eficaces, deben de ser reconocidos de forma expresa en la

Constitución; mediante la propuesta de reforma constitucional desarrollada en el presente trabajo.

RECOMENDACIONES

1. Al Poder Ejecutivo y Legislativo, cumplir con las obligaciones internacionales provenientes del Convenio 169 OIT, para lo cual deberán de reconocer en la Constitución de forma expresa el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, de acuerdo a la propuesta normativa contenida en el presente estudio.
2. A los pueblos indígenas u originarios, en base al presente estudio y cumpliendo los requisitos formales para la reforma de la Constitución, proponer la reforma constitucional para el reconocimiento constitucional expreso de su derecho a libre determinación, de acuerdo con la propuesta normativa planteada.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abello Galvis, R. (2015). La costumbre como fuente del derecho internacional: Una caja de Pandora imposible de cerrar. En M. G. Monroy Cabra, *Derecho internacional: Varias Visiones, un Maestro* . Bogotá: Universidad del Rosario.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Anaya, S. J. (2005). Los pueblos indígenas en el derecho internacional. *Investigaciones Sociales*, 384-387.
- Aparicio Wilhelmi, M. (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. (P. d. Deusto, Productor) Obtenido de <https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf>
- Aylwin, J., Meza Lopehandía, M., & Yáñez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom.
- Bobbio, N. (1992). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: trota.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Bobbio, N. (2015). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Boco, R., & Bulanikian, G. (2010). Derechos Humanos: Universalismo vs Relativismo. *Revista Alteridades*, 09-26.
- Boco, R., & Bulanikian, G. (2010). *Derechos humanos: universalismo vs. relativismo cultural*. México: Alteridades.

- Bustillos, L. (2008). Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional: ¿titulares del principio de libre determinación. *Revista Venezolana de Ciencia Política*. N° 33, 121-142.
- Chalbaud, J. A. (1985). *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*. Madrid: Tecnos.
- Clément, Z. D. (2019). *Libre determinación vs Autodeterminación de los pueblos situación de los Catalanes y de los Mapuches* . Argentina : Instituto: de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración. .
- Colaço, T. L. (2017). El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas. *Alegatos*, 241-258.
- Coronel Cardenas, L. E. (2021). *La colonialidad jurídica y su influencia en el derecho al territorio y a la libre determinación de los pueblos indígenas en el Perú*. Lima- Perú: Repositorio de la Universidad Privada del Norte.
- Cultura, M. d. (2022). *Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad 2040*. Lima: Oficina de Imagen Institucional Ministerio de Cultura.
- de Sousa Santos, B. (2012). *Derecho y Emancipación*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Díaz Polanco, H. (1998). Autodeterminación, autonomía y liberalismo. *Autonomía Indígenas. Diversidad de culturas, igualdad de derechos*, 3-10.

Diez de Velasco Vallejo, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Durston, J. (1993). Los pueblos indígenas y la modernidad. *Revista de la CEPAL*.

Edgardo Cuenca, T. R., & Beltrán Ramírez, J. P. (2018). El Derecho a la autodeterminación de los pueblos y los movimientos independentistas. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 111-136.

Espinoza, A. H. (2018). *El ejercicio del derecho al autogobierno de los pueblos indígenas a través del modelo institucional del National Congress of American Indians de los Estados Unidos*. Lima- Perú: Escuela de Posgrado- Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fajardo, R. Y. (2006). *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Pueblos indígenas y derechos humanos*. Berraondo: Bilbao: Universidad de Deusto.

Faundes Peñafiel, J. J. (2017). Honneth y la demanda por el reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles latinoamericanos*, 303-323.

Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. España: Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho | Marcial Pons.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.

Flórez, G. C. (2003). Apuntes sobre el principio de la libre determinación de los pueblos. *Agenda Internacional*, 91-120.

- Guerrero Zuma, M. A. (2021). *La libre determinación de los pueblos y la Justicia Indígena en América del Sur*. Master's thesis.
- Hernández, I. (2003). *Autonomía o ciudadanía incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina*. CEPAL.
- Iannello, P. (2015). *Capítulo 21. Pluralismo Jurídico*. La Enciclopedia de teoría y filosofía del Derecho.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (Octubre de 21 de 2022). *Censo Nacional 2017: XII de Población, VII de Vivienda, III de Comunidades Indígenas*. Obtenido de INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMÁTICA.:
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1642/cap03_01.pdf
- Kelsen, H. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *Revista sobre enseñanza del derecho*, 183-198. Recuperado el 04 de Junio de 2023
- Ley N° 29785. (2011). *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. OIT.
- López, P. G. (2013). Pluralismo jurídico. *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad. Revista en cultura de la legalidad*, 186-193.
- Marín, R., Vela, L. F., & Mendoza, C. (2016). El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: una vía para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia . *Investigare*, 62-86.

- Mereminskaya, E. (s.f.). *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas*.
- Mereminskaya, E. (2011). *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas*. Estudios públicos.
- Ministerio de Cultura. (21 de Octubre de 2022). *Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios*. Obtenido de Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios: <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>
- Moreno, A. R. (2011). *Origen, Evolución y Positivización de los Derechos Humanos*. México: D.F: GVG Grupo Gráfico. .
- Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>
- Organización de las Naciones Unidas. (1960). *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. Resolución 1514 (XV)*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-granting-independence-colonial-countries-and-peoples>
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Convención sobre la Diversidad Biológica*. Obtenido de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Obtenido de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf
- Organización Internacional del Trabajo, O. (1989). *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Ortiz Torres, M. (2016). *El derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas frente a la responsabilidad social empresarial de las multinacionales mineras, en el marco del TLC Colombia–Estados Unidos*. Master's thesis, Universidad del Norte.
- Pando, G. G. (2013). El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas. *Nueva antropol- Scielo*, 26(78), 141-161.
- Pannikar, R. (2022). *Is The notion of human rights a western concept?* Universidad Nacional de la Plata.
- Peces- Barba Martínez, G. (2010). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Peces-Barba Martínez, G. (1994). La universalidad de los derechos humanos. *DOXA*, 613-625.
- Pérez, E. C. (2020). Las poblaciones indígenas del Ártico: Realizaciones de su derecho de libre determinación. *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 157-186.

- Pineda, E. F. (2019). Libre determinación y consulta como bases de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2-31.
- Polo, L. F. (2020). *Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*. Independently published. Obtenido de <https://www.url.edu.gt/PortalURL/Archivos/83/Archivos/Departamento%20de%20Investigaciones%20y%20publicaciones/Articulos%20Doctrinarios/Derecho/Fundamentos%20filosoficos%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf>
- Regla, J. A. (2007). *Positivismo y Pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. España: Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho.
- Romero, C. G. (2003). Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad. . *revista de investigación aplicada y experiencias educativas*.
- Taipe Sánchez, C. (2005). *Coexistencia conflictiva entre el derecho oficial y los pueblos indígenas en el Perú. comunidad indígena kechua de Talwis-Huancavelica*. . Lima- Perú.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2009). *Exp. 03343-2007-PA/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). *0022-2009-PI/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). *05427-2009-PC/TC*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2012). *STC 01126-2011*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022). *-PA/TC Sentencia 27/2022 (STC -03066-2019-PA/TC)*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Pleno. Sentencia 461/2023 (Exp. 00151-2021-PA/TC)*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00151-2021-AA.pdf>
- Tribunal Consttucional del Perú. (2021). *Pleno Sentencia 1003/2021 (Exp. 01171-2019-PA/TC)*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01171-2019-AA.pdf>
- Tribunal Consttucional del Perú. (2024). *Pleno. Sentencia 290/2024 (Exp. 02783-2021-AA/TC)*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/02783-2021-AA.html>
- Tuaza Castro, L. A. (2020). Alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista de Ciencias Sociales*, 276-292.
- Uribe, J. R., & Roig, F. A. (2003). *Historia de los Derechos Fundamentales: Tránsito a la modernidad siglos XVI Y XVII* (Vol. I). Madrid: Dykinson.
- Vargas Chaves, I. (2023). Las cooperativas indígenas: entre los derechos a la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas y su plan de

vida. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 137-164.

Walsh, C. (2002). *Interculturalidad. Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar .

Zúñiga Castillo, M., & Ansión Mallet, J. (1997). *Interculturalidad y educación en el Perú*. . Lima : Foro Educativo.